

AUTORIA Y PARTICIPACION EN LA IMPRUDENCIA MEDICO-SANITARIA

GEMA MARTINEZ GALINDO

Abogada. Colaboradora del Área de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

II. CRITERIOS DIFERENCIADORES DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. AUTORÍA INDIVIDUAL O EN SENTIDO ESTRICTO.
2. COAUTORÍA.
3. AUTORÍA MEDIATA.
4. PARTICIPACIÓN.

4.a. *Inducción.*

4.b. *Cooperación necesaria y complicidad.*

IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS IMPRUDENTES. PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

1. PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE EN UN HECHO DOLOSO.
2. PARTICIPACIÓN DOLOSA EN UN DELITO IMPRUDENTE.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DENTRO DEL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO

1. EN LOS DELITOS DOLOSOS.

2. EN LOS DELITOS IMPRUDENTES.

- 2.a. *Delimitación de la imprudencia en el ámbito médico-sanitario.*
- 2.b. *Autoría unipersonal en el ámbito médico-sanitario.*
- 2.c. *Determinación de la autoría en el trabajo en equipo.*
- 2.d. *Autoría mediata imprudente.*
- 2.e. *Coautoría imprudente.*
- 2.f. *Inducción, cooperación necesaria y complicidad imprudente.*

VI. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La medicina, por definición, no se puede concebir como un ciencia exacta, ya que en ella confluyen multitud de factores y variables totalmente imprevisibles que impiden una regulación concreta de esta materia, al estar caracterizada fundamentalmente, como toda ciencia en la que se producen espectaculares avances, por la relatividad científica, en que los criterios válidos en un momento determinado pueden dejar de serlo con el paso del tiempo. Dentro de las distintas profesiones médicas existen unas pautas implícitas o no escritas que deben seguir sus facultativos, bajo la denominación de «lex artis», en base a la cual surgen unos específicos deberes de diligencia y cuidado que dirigen la actividad médico-sanitaria, cuya vulneración puede dar lugar a responsabilidad penal si se ha producido un resultado lesivo para las personas. Haciendo hincapié en la responsabilidad derivada de una infracción culposa, que es en la que pueden incurrir estos profesionales con mayor frecuencia, se plantea el problema de individualizarla cuando son varias las personas que han intervenido en la actuación que ha provocado a la lesión del bien jurídico-penalmente protegido.

Efectivamente, si la infracción punible se comete por una sola persona, en principio, no habrá problema para fijar su responsabilidad como autora del concreto delito cometido. Sin embargo, en la

actualidad, la especialización, avances científicos y el desarrollo de nuevas técnicas hacen necesaria la colaboración de varios profesionales para llevar a cabo los tratamientos médico-sanitarios. Esto obliga a tener en cuenta las normas sobre autoría y participación que rigen en la ciencia jurídico-penal, ya que en base a ellas se podrá delimitar el concreto título de imputación por el que sancionar a cada sujeto interviniente.

Precisamente, la distinción entre autoría y participación se ha venido considerando como una de las cuestiones más complejas de la ciencia penal, sobre la que se viene discutiendo más de un siglo. Durante todo ese tiempo se han defendido en manuales, artículos y monografías diversas teorías sobre la materia, tanto en Alemania —cuna de la ciencia penal en estas concepciones— como en nuestro país, con la finalidad de encontrar el argumento clave que permita la delimitación de ambos conceptos, lo que es trascendental no sólo a efectos de dar una mayor o menor amplitud al campo de la autoría o de la participación a la hora de calificar una conducta, sino, muy especialmente, a efectos punitivos, pues la pena prevista para cada interviniente puede ser diferente (pensemos en la reducción de pena al cómplice) e incluso puede haber delitos en que se planteen problemas sobre el castigo de una actividad en función de que sea considerada como autoría o participación (por ejemplo, en los delitos especiales o en los imprudentes).

Con respecto a nuestra legislación positiva, desde el Código Penal de 1848 se suceden opiniones doctrinales tendentes a esclarecer qué sujetos de los incluidos dentro del concreto precepto que hace referencia a las personas penalmente responsables de un delito o falta, son autores y cuáles partícipes. El art. 12 del mismo Código rezaba: «Se consideran autores: 1º Los que inmediatamente toman parte en la ejecución del hecho. 2º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3º Los que cooperan a la ejecución del hecho, por un acto sin el cual no se hubiera efectuado». Se argumentaba que ni todos los incluidos en este precepto eran verdaderos autores, aunque a efectos de pena fueran considerados como tales, ni tampoco partícipes, pero la imprecisa formulación de que «se consideran autores», en la que se podían incluir tanto unos como otros, impedía trazar la línea divisoria, que desde una perspectiva positiva de «lege data» pudiera justificar la diferenciación entre ambos. Esta inexactitud se mantuvo hasta el actual derecho positivo, el Código Penal de 1995, en cuyo art. 28 se ha tratado de solucionar la polémica científica, al exponer con mayor rigor los tipos de autor y los que se consideran como tales pero

auténticamente no lo son, aunque siguen presentándose problemas a la hora de encuadrar las diferentes conductas delictivas.

En el presente trabajo intentaremos exponer las teorías existentes para diferenciar y delimitar los conceptos de autoría y participación en los delitos dolosos, fijándonos después en la problemática en materia de participación que se plantea en los imprudentes, que constituyen el grueso de la responsabilidad médica en los últimos tiempos, para por fin individualizar las posibles responsabilidades de los profesionales de ese sector, en atención a los principios de confianza y de división de trabajo que están presentes cuando hay una actividad en equipo.

II. CRITERIOS DIFERENCIADORES DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Los diversos conceptos esgrimidos por la doctrina científica para diferenciar autor y partícipe pueden concretarse en tres: concepto unitario de autor, concepto extensivo y concepto restrictivo. El primero, el concepto unitario de autor, respondiendo al propio sentido semántico del adjetivo, rechaza toda distinción entre autoría y participación, al afirmar que es autor todo aquel que interviene en un hecho delictivo, negando, en consecuencia, el criterio de la accesoriedad en la participación, por virtud del cual la responsabilidad del partícipe se vincula a la actuación del autor como dependiente de ella. Este concepto unitario, clásico, causal o formal, como así lo denomina DIAZ Y GARCIA CONLLEDO¹, se basa en la teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual se podría afirmar que todo el que contribuya al delito con una aportación causal que dé lugar al resultado, sin la cual no se habría producido, es autor del mismo. Han sido numerosas las críticas a esta concepción², totalmente minoritaria tanto en Alemania como en España (aunque para los delitos imprudentes se defiende en el país germano este

¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Autoría (voz), en Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, Madrid, 1995, p. 693.

² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «La Autoría en Derecho Penal», PPU, Barcelona, 1991, pp. 117 y ss. JESCHECK, H.H.: «Tratado de Derecho Penal. Parte General», Traducción de la cuarta edición alemana de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pp. 587 y 588; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS: «Lecciones de Derecho Penal. Parte General», Praxis, 1.ª edición, Barcelona, 1996, pp. 245 y 246; MIR PUIG, S.: «Derecho Penal. Parte General», 5.ª edición, PPU, Barcelona, 1998, pp. 360 y 361; LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLÁZQUEZ, C.: «Derecho Penal Español. Parte General», 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, p. 446, etc.

concepto unitario de autor), argumentando desde que tal planteamiento supone desconocer «la necesidad de matizar suficientemente las responsabilidades según su objetiva importancia social respectiva»³ hasta que impide precisar las fronteras de lo típico, pudiendo producir un exceso en la punición de conductas⁴.

Por lo que respecta al concepto extensivo de autor, todo interviniendo en el delito que haya contribuido con una conducta causal al resultado es autor, como en la anterior concepción unitaria, pero con la diferencia de que los que defienden este planteamiento admiten en ocasiones la accesoriedad de la participación, debido a que el Código Penal obliga en determinados preceptos a distinguir diferentes grados de responsabilidad, concretamente la inducción y complicidad como formas de participación, lo que hace que tales normas se entiendan como causas de restricción de la tipicidad o la punibilidad, al tener que restar la inducción y la complicidad de la autoría inicial. Así, como afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, los defensores de un concepto extensivo hacen compatibles con el Derecho positivo las ideas que en el fondo proclaman un concepto unitario funcional de autor⁵. Este concepto está íntimamente conectado con la teoría subjetiva de la participación, para la que es autor el que realiza una aportación causal al hecho con voluntad de autor, queriendo el hecho como propio o con «animus auctoris», mientras que el partícipe la realiza con voluntad de partícipe, queriendo el hecho como ajeno o con «animus socii». Las censuras a esta postura extensiva han sido numerosas⁶, destacando recientemente las de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, para los que «el concepto extensivo de autor no cumple en la actualidad ninguna función dogmática y se halla en abierta contradicción con la regulación legal»⁷.

En España, el Tribunal Supremo venía manteniendo una teoría subjetiva denominada del acuerdo o concierto previo, que consiste en agrupar dentro de la autoría a todas las personas entre las que

³ Vid. MIR PUIG, S., ob. cit., p. 361.

⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Autoría (voz), p. 693. En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: en VV.AA. «Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia», Tmno I, Trivium, Madrid, 1997, p. 932.

⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «La Autoría ...», ob. cit., p. 347. El mismo autor en Autoría (voz), p. 694.

⁶ Vid. por todos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «La Autoría ...», ob. cit., pp. 333 y ss.; MIR PUIG, S., ob. cit., pp. 361 y ss.; JESCHECK, H.H., ob. cit., pp. 591 y 592.

⁷ Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.: «Derecho Penal. Parte General», Cuarta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 664.

hubo acuerdo previo común al cometer el delito, a los que se conciertan para ejecutar el hecho en el que cada uno tiene una parte de la acción común en base a un reparto de papeles, con abstracción de la relevancia de la contribución concreta de cada uno. Las críticas doctrinales a esta teoría se han repetido con asiduidad, como las realizadas por GIMBERNAT en su monografía de los años sesenta, en la que la consideraba una idea abstracta y general inadecuada para fundamentar la autoría⁸, críticas que prácticamente han dado lugar en la actualidad a que se haya abandonado tal doctrina por la Jurisprudencia⁹.

Y, por último, hay que hacer referencia al concepto restrictivo de autor para delimitar la autoría y participación en los delitos dolosos, que es el mayoritariamente aceptado por la doctrina tanto en Alemania como en España, y al que tradicionalmente se han referido los tratadistas¹⁰. Afirma que no todo el que aporta una contribución causal a un hecho punible es autor, sino sólo quien en concreto realiza el tipo penal, siempre que posea las características en él exigidas, siendo tal responsabilidad autónoma, mientras que la de los partícipes es accesoria a la del autor, o dependiente de él (cri-

⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Autor y cómplice en Derecho Penal», Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio, 1966, pp. 54 y ss. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «La Autoría...», ob. cit., pp. 271 y ss. y 349 y ss.; más recientemente, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 666, estimando que se trata de una interpretación integradora, ilegal e inconstitucional; VIVES ANTÓN, T.: en VV.AA. «Comentarios al Código Penal de 1995», volumen II, Tomás Vives Antón (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 284; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: «Derecho Penal, Parte General», Tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 480; y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS, ob. cit., p. 246 para los que «el T.S. hace una interpretación poco respetuosa incluso con la letra de la ley».

⁹ Ya en los años setenta y a lo largo de los ochenta se entendía que esta doctrina estaba «en trance de revisión, cuando no de abandono», como recoge el profesor GARCÍA VALDÉS al estudiar la constante jurisprudencial del acuerdo previo en los delitos contra la propiedad: GARCÍA VALDÉS, Carlos: «Notas» al Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal de Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, tomo II, 2ª edición, puesta al día por Carlos García Valdés, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 483.

¹⁰ Vid. ANTÓN ONECA, J.: «Derecho Penal. Tomo I. Parte General», Madrid, 1949, pp. 433 y ss., al considerar que según el antiguo art. 14.1 son autores «los que toman parte directa en la ejecución del hecho», limitándose el resto de preceptos a extender a otros sujetos, cuyos actos no están comprendidos en la figura delictiva, la penalidad prevista. En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Codelinuencia (voz), en Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, Barcelona, 1993, p. 227; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Autor y cómplice...», ob. cit., pp. 217 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «La Autoría...», ob. cit., pp. 407 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Manual de Derecho Penal. Parte General», Cuarta edición corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1994, p. 434; LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLÁZQUEZ, C., ob. cit., p. 447; MIR PUIG, S., ob. cit., p. 363.

terio de accesoriadad de la participación). Por tanto, las normas sobre punición de los partícipes se entienden aquí como causas de extensión o ampliación de la pena, porque si no existieran, éstos no podrían ser castigados por el concreto precepto penal¹¹.

Dentro de este concepto restringido de autor se han enunciado diversas teorías con la finalidad de concretar el criterio a seguir para establecer el límite entre autor y partícipe, ya que de ello dependerá la mayor o menor amplitud que se dé a uno y otro concepto. Básicamente son las objetivo-materiales, objetivo-formales, y la del dominio del hecho, también llamada objetivo-subjetiva, que vamos únicamente a definir, para después examinar, detalladamente, el contenido del art. 28 del Código Penal, donde se exponen las formas de autoría (autoría unipersonal, coautoría, autoría mediata) y de participación (inducción y cooperación necesaria) y del art. 29 (complicidad).

Para la objetivo-material, es autor el que contribuye al delito con una aportación objetivamente importante, en el sentido de causa necesaria para producir el resultado, y partícipe aquel que sólo contribuye con una condición favorecedora del mismo. Esta teoría ha sido abandonada porque se considera que no sirve para distinguir la autoría de la participación al no tomar en cuenta el gran papel que juega lo subjetivo a la hora de determinar la importancia de la contribución que se ha realizado¹².

Para la objetivo-formal, es autor quien realice los actos ejecutivos previstos en el tipo en sentido estricto, y partícipe el que lleva a cabo actos externos. Así, según esta teoría, son autores los recogidos en el art. 28.1 primer párrafo, y partícipes el resto, es decir, los inductores y cooperadores necesarios, equiparados a efectos de pena al autor, y el cómplice, con pena reducida. Sin embargo, parte de la ciencia estima que en base a esta teoría es imposible configurar la coautoría y la autoría mediata como formas de autoría¹³, por ello, y para explicar concretamente la autoría mediata, surgió una postura que, sin desviarse totalmente de la teoría objetivo-formal, considera que es autor en sentido estricto sólo el que realiza directamente el concreto tipo de la Parte Especial como autor me-

¹¹ Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Principios de Teoría del delito», Anuario de la Facultad de Derecho, Alcalá de Henares (1994-1995), separata 1996, p. 27. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: en VV.AA. «Comentarios al Código Penal», Dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo, Civitas, Madrid, 1997, p. 169.

¹² Vid. MIR PUIG, S., ob. cit., p. 364; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 932; LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLÁZQUEZ, C., ob. cit., p. 447.

¹³ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ob. cit., pp. 169 y 170.

diato o inmediato, es decir, como autor en sentido estricto. Esta tesis ha sido defendida por el profesor GIMBERNAT¹⁴, pero ha recibido algunas críticas, sobre todo tras el nuevo Código Penal, ya que ahora, se diferencian los que «son» autores de los que «se consideran» tales a efectos de pena pero no lo son, por lo que en opinión de LÓPEZ PEREGRÍN no hay razón legal ni político criminal para obviar la definición de autor del art. 28 primer párrafo del C.P. y acudir a los tipos especiales¹⁵.

Finalmente, la teoría del dominio del hecho entiende que autor es el que tiene el dominio o control final del hecho, teniendo la capacidad para dirigir su acción a la comisión del delito (dominio que puede ser de tres formas, en base al art. 28 primer párrafo del C.P.: dominio de la acción, que es la autoría inmediata, dominio de la voluntad, referido a la autoría mediata, y dominio funcional del hecho, que fundamenta la coautoría); y partícipe, el que carece de tal dominio (art. 28, segundo párrafo, y art. 29 C.P.: inductor, cooperador necesario y cómplice). Esta última teoría, dominante en Alemania, va cobrando cada vez más adeptos en España¹⁶.

En España no hay en la actualidad unidad, ni en la doctrina, ni en la Jurisprudencia, sobre el criterio que debe seguirse para distinguir autoría y participación, acogiéndose en la práctica elementos de una y otra parte, según el caso concreto que haya que dilucidar. Por ello vamos a pasar a exponer en general los conceptos de autoría unipersonal, coautoría, autoría mediata, inducción, cooperación necesaria y complicidad, recurriendo las diferentes teorías indistintamente.

¹⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Autor y cómplice ...», ob. cit., p. 219 y ss. El profesor GIMBERNAT continúa manteniendo esta postura con el Código Penal de 1995, al afirmar que el art. 28 sigue ocasionando problemas para delimitar la autoría, ya que los coautores son una clase de autores asimilados que se equiparan a efectos de pena al autor en sentido estricto, sin serlo (al igual que el inductor y el cooperador necesario), porque realizan el hecho conjuntamente con éste pero sin cumplir el tipo penal concreto: en GIMBERNAT ORDEIG, E.: Prólogo a la segunda edición del Código Penal, Tecnos, Madrid, 1996, p. 28.

¹⁵ Vid. LÓPEZ PEREGRÍN, M^a del C.: «La complicidad en el delito», Tirant Monografías, Tirant lo Blach, Valencia, 1997, p. 390. En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., pp. 673 y 674.

¹⁶ Algunos de los autores que aceptan esta teoría del dominio del hecho para precisar los conceptos de autor y partícipe son: JESCHECK, H.H., ob. cit., pp. 593 y ss. LUZÓN PEÑA, D.M., en «La determinación objetiva del hecho: Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», en ADPCP, 1989, fascículo III, p. 894; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS, ob. cit., p. 247; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., ob. cit., p. 481; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ob. cit., p. 170. Realizan objeciones a esta teoría: MIR PUIG, S., ob. cit., pp. 367; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., pp. 669 y ss.; y LÓPEZ PEREGRÍN, M^a del C., ob. cit., p. 389 y ss.

III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Para la doctrina mayoritaria el Código Penal, en su art. 28, adopta un concepto restrictivo de autor. Dice este artículo:

«Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.»

Analicemos cada uno de ellos:

1. AUTORÍA INDIVIDUAL O EN SENTIDO ESTRICTO

La autoría directa o unipersonal surge cuando se realiza directamente el hecho por una sola persona¹⁷ o, como afirma LUZÓN PEÑA, cuando se «determina fácticamente el curso causal del suceso hacia la producción o aparición del resultado», sin intervención de ningún tercero¹⁸. Es decir, es autor quien directamente se enfrenta con su conducta a la norma prohibitiva, dominándola personalmente, según los defensores de la teoría del dominio del hecho o, según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «determinando el hecho de modo completo por sí sólo sin servirse de otro como instrumento»¹⁹. En cambio, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN dan un concepto de autor basándose en una tesis objetivo-formal entendida en sentido amplio, en el que pueden subsumirse todas las formas de autoría: autor es el que, en el sentido del art. 28 primer párrafo del C.P., «realiza el hecho, es decir, lleva a cabo una conducta (acción u omisión) a la que cabe atribuir el sentido de la acción que se desprende del injusto tipificado por la Ley»²⁰.

¹⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 933 afirma que el verbo realizar «comprende todas las conductas que dan lugar al hecho, tanto las previas como las coetáneas a la acción típica, siempre que sean causales para el resultado final».

¹⁸ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 898.

¹⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Autoría (voz), ob. cit., p. 697.

²⁰ Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 675.

2. COAUTORÍA

Los requisitos que se exigen por la doctrina y Jurisprudencia en la coautoría son los siguientes²¹: 1) que el hecho se realice conjuntamente por varias personas (presupuesto objetivo), que colaboran de forma consciente y voluntaria; y 2) que exista un previo acuerdo de voluntades y división de tareas o funciones, es decir, una resolución común y unitaria de llevar a efecto el plan (presupuesto subjetivo). MIR PUIG afirma que «los coautores son autores porque realizan el delito entre todos»²². Así se puede entender, con LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ²³, que al exigir los dos elementos anteriores, el art. 28 C.P. está adoptando la teoría del dominio del hecho al hablar de los coautores, en el sentido de codominio funcional, donde va a cobrar una importancia decisiva la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho para saber si se ha tomado parte directa o no en la realización²⁴. Por su parte, MIR PUIG defiende una concepción en la que considera coautores «no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva»²⁵. Aunque parece que nuestro Tribunal Supremo se ha conformado durante mucho tiempo en resolver estos casos con la doctrina del acuerdo previo, que no está exenta de críticas como ya vimos, va apartándose de ella, cada vez más, estimando que lleva a un concepto extensivo de autor, «al calificar como tal toda forma de participación intentada sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito», según pone de manifiesto la reciente STS de 24 de marzo de 1998²⁶.

El problema, a veces, puede consistir en diferenciar las conductas de autoría o coautoría respecto del resto de formas de participación en el delito. Para ello, siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, debemos tener en cuenta varias cosas: por un lado, el plan o acuerdo común, de modo que la acción conjunta realizada por los

²¹ Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., pp. 680 y 681; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., pp. 936 y 937; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., ob. cit., p. 484.

²² Vid. MIR PUIG, S., ob. cit., p. 386.

²³ Vid. LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLÁZQUEZ, C., ob. cit., p. 451.

²⁴ Igualmente, definiendo la coautoría en relación con ese dominio funcional del hecho, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS, ob. cit., p. 249, cuando afirman que ninguno de los intervinientes debe tener el dominio total del hecho, ya que, en ese caso, no estaremos ante coautoría, sino ante un autor directo y partícipes. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., ob. cit., pp. 485 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 440.

²⁵ Vid. MIR PUIG, S., ob. cit., p. 389.

²⁶ En el mismo sentido, vid. la STS de 2 de julio de 1998.

coautores sea propiamente una conducta de autoría, ya que también podrían darse supuestos de coparticipación; por otro, que la contribución al hecho de cada uno de los coautores sea esencial, de modo que sin ella no se podría realizar el delito; y, por último, que tal contribución se lleve a cabo en la fase ejecutiva aunque, según este autor, también pueden darse en la fase preparatoria acciones esenciales que conduzcan a un dominio funcional²⁷.

3. AUTORÍA MEDIATA

La autoría mediata se recoge por primera vez en nuestro Derecho positivo en el Código Penal de 1995, art. 28 primer párrafo, a pesar de que la Jurisprudencia ya la venía admitiendo con anterioridad. Esta forma de autoría se da cuando el hecho delictivo es realizado por medio de una persona (autor inmediato) de la que el autor mediato u «hombre de atrás» se sirve como instrumento, que es el que en realidad ejecuta el hecho, pero que actúa sin dolo o justificadamente, o se encuentra en una situación de error de tipo, es engañado o sujeto a coacción, o es inimputable²⁸. Para los que defienden la teoría del dominio del hecho, la autoría mediata se basa en el «dominio de la voluntad», que lo detenta el autor mediato, a pesar de que no actúa, siendo el instrumento el que realiza la acción ejecutiva²⁹.

El autor inmediato es irresponsable cuando actúa sometido a una fuerza física o «vis absoluta» (cuando el hombre de atrás conduce violentamente las manos a la enfermera para inyectar el veneno), supuesto en el que COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN afirman que, al no realizar el instrumento la acción propiamente dicha, no puede hablarse de autoría mediata del hombre de atrás, sino directamente inmediata³⁰; o como consecuencia de una intimidación o «vis compulsiva», que ha de tener la suficiente entidad para que el instrumento actúe por un miedo insuperable, estado de necesi-

²⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria (voz), en Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, Madrid, 1995, p. 707.

²⁸ Como afirma JIMÉNEZ DE ASÚA, L., en «La Ley y el delito: principios de Derecho Penal», Editorial sudamericana, Buenos Aires, 1976, p. 507: «cuando se trata de autores mediatos son ellos los que responden porque la persona de la que se valieron no es actora, no es culpable o es inimputable».

²⁹ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS, ob. cit., p. 248.

³⁰ Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 678. En el mismo sentido, sólo VIVES ANTÓN, T., ob. cit., pp. 282 y 283; y MIR PUIG, S., ob. cit., p. 374.

dad u otra causa de justificación, faltando su libre voluntad y obrando de un modo justificado, lo que conlleva únicamente la responsabilidad del hombre de atrás como autor mediato³¹.

Cuando el autor inmediato se encuentra en una situación de ausencia de dolo o error de tipo, el autor mediato se aprovecha de tales circunstancias y domina el curso del hecho³². Por ejemplo, esto ocurre cuando el médico se sirve de la enfermera como instrumento para que administre al paciente una inyección letal afirmando que contiene la terapia adecuada para su tratamiento. En estas ocasiones puede fundamentarse también una actuación imprudente del autor inmediato que concurre con la dolosa del hombre de atrás, que sigue teniendo el dominio del hecho, dando lugar a una responsabilidad por imprudencia del primero (la enfermera que administra la inyección sin comprobar su contenido, fiada del doctor) y como autoría mediata dolosa del segundo (del médico).

En general, es necesario que el autor mediato determine (o domine, si hay dolo) no sólo la conducta del instrumento, sino también el hecho que éste realiza, ya que si su actuación se concreta a un mero favorecimiento al hecho que realiza el instrumento, sin actuar éste completamente sometido a su voluntad o engañado, estaremos ante lo que denomina el profesor LUZÓN PEÑA, participación mediata (inducción o cooperación mediata) y no autoría. Por ejemplo, el que hace nacer en el médico la idea de matar al paciente que se encuentra en la mesa de operaciones es inductor porque no tiene el dominio del hecho, que sí lo tiene el inducido al actuar dolosamente³³.

Hay delitos en los que esta clase de autoría no cabe, como en los de propia mano, que exigen la realización personal del tipo (por ejemplo, en la agresión sexual); y otros, como en los especiales, en los que, al plantearse problemas de punibilidad, se acude a esta fi-

³¹ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 940; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria (voz), ob. cit., p. 703. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 678, afirman que, en este caso, el autor mediato es el único autor ya que el instrumento no realiza el hecho típico sino sólo su «sustrato material».

³² Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 942. Igualmente, JESCHECK, H.H., ob. cit., p. 607.

³³ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 909. Asimismo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS, ob. cit., pp. 248 y 249, y MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., ob. cit., p. 484, entienden que también sucede en el caso de inimputables, como por ejemplo, cuando alguien induce a un depresivo a suicidarse: el que tiene el dominio final del hecho es el suicida, siendo el sujeto de atrás inductor.

gura. Los delitos especiales pueden ser de dos tipos: impropios (o con correspondencia en un delito común) y propios (sin esta correspondencia). Dentro de los primeros, es decir, los impropios, se encuentra, por ejemplo, el libramiento de certificado falso del art. 397 C.P. del que sólo puede ser sujeto activo el facultativo que emita la certificación; si esa actuación se lleva a cabo a través de un instrumento doloso no cualificado, un particular, será fácil fundamentar su responsabilidad, puesto que hay un tipo específico por el que se castiga a los particulares que falsifiquen este tipo de certificados, el del art. 399 C.P., por tanto, siempre podrá castigarse al intraneus o facultativo que utiliza al particular, como inductor al tipo común³⁴. Sin embargo, en los delitos especiales propios la solución no es tan fácil, ya que, al no existir un correlativo tipo común por el que castigar al autor directo, tal conducta en un principio sería impune, por lo que, según un sector doctrinal³⁵, se debería acudir a la figura de autoría mediata para evitar lagunas, castigando al intraneus como autor mediato y al extraneus como partícipe (cooperador necesario), lo que según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO es arriesgado y podría llevarnos a convertir la autoría mediata en una invención para cubrir lagunas de punibilidad, privándola de su auténtico contenido³⁶; además, según otros autores, como GIMBERNAT, no puede haber autoría mediata cuando el instrumento está actuando con plena libertad³⁷.

En cuanto a la posibilidad de que exista autoría mediata imprudente, es un tema complicado que lo estudiaremos más adelante al exponer la problemática de la participación en estos delitos.

4. PARTICIPACIÓN

Es la intervención en un hecho realizado por otra persona. Se trata de conductas definidas por el profesor GARCÍA VALDÉS como «satélites, excéntricas, de importancia variable en el hecho controlado por el ejecutor material, por el autor, de quien dependen»³⁸.

³⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria* (voz), ob. cit., p. 704.

³⁵ Vid. por todos, MIR PUIG, S., ob. cit., pp. 375 y ss.

³⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria* (voz), ob. cit., p. 705.

³⁷ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Autor y cómplice ...», ob. cit., p. 261. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. «La Autoría ...», ob. cit., pp. 618 y ss.; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 678.

³⁸ Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Principios de ...», ob. cit., p. 30.

Antes de nada, hay que tener en cuenta que en la participación criminal rigen dos criterios fundamentales: uno, el de la accesoriedad y, otro, el de unidad del título de imputación. Según el primero, existe un único delito al que se ligan las actividades de todos los que en él participan, que cooperan con el acto principal, de modo que si la conducta del autor directo es atípica o está cubierta por una causa de justificación, no podrá fundamentarse la responsabilidad de los partícipes³⁹. Se trata de un principio de accesoriedad limitada que sólo exige para castigar al partícipe que la acción sea típica y antijurídica, no que el autor sea culpable, por lo que es factible castigar penalmente a los partícipes aunque el autor sea inimputable, ya que, como afirma JIMÉNEZ DE ASÚA, «la participación es accesoria de un acto principal; pero se es sólo culpable de la propia culpabilidad y a nadie aprovecha la inculpabilidad ajena»⁴⁰.

Por virtud del criterio de unidad del título de imputación, los partícipes cometen el mismo tipo de delito que el autor principal. Sin embargo, este criterio no se puede concebir con carácter general, puesto que hay ocasiones en que se quiebra al entrar en juego determinadas circunstancias, como la existencia de atenuantes, agravantes o cualificantes comunicables o no a los partícipes (arts. 14.2 y 65 C.P.), o que nos encontremos ante un delito especial, o ante un error de tipo, lo que obliga a acudir al estudio del caso concreto para fundamentar la responsabilidad de cada interviniente en un hecho delictivo⁴¹.

4.a. *Inducción*

La inducción puede considerarse como una forma de participación principal en el delito (así calificada por CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁴²), equiparada a efectos de pena a la autoría, según lo dispuesto en el art. 28 segundo párrafo a) del C.P., que consiste en hacer nacer en otra persona, que será el autor directo, la idea de cometer un hecho delictivo, esto es, «determinar a otro, mover su voluntad»⁴³. El inductor es un partícipe en el hecho realizado por

³⁹ Vid. JESCHECK, H.H., ob. cit., pp. 596 y ss.

⁴⁰ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ob. cit., p. 507. En el mismo sentido: LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLÁZQUEZ, C., ob. cit., pp. 454 y 455; BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., pp. 442 y ss.

⁴¹ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS, ob. cit., p. 251.

⁴² Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 944

⁴³ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ob. cit., p. 508.

el inducido que, como expone JESCHECK, necesita para ser punible la existencia de una conexión entre el hecho principal y la acción del inductor⁴⁴. De acuerdo con la teoría de la accesoriedad, a la inducción le debe seguir la perpetración del delito por el inducido, o al menos el comienzo de los actos ejecutivos, ya que, en otro caso, nos encontraremos ante una mera proposición o provocación, siempre que se cumplan los presupuestos para su punibilidad que se exigen los arts. 17.2 y 18.2 C.P.

Se exigen como requisitos de la inducción⁴⁵: que sea eficaz o de entidad suficiente para mover al inducido a la comisión del delito, es decir, que sea intensa y adecuada, lo que impide su apreciación cuando estamos ante un simple consejo que se limita a reforzar una decisión ya tomada por el sujeto de infringir la norma penal; directa, es decir, dirigida sobre una persona concreta y a la realización de un hecho determinado; y anterior o concomitante al hecho delictivo.

Según el propio sentido de la inducción, como forma de participación que es, se exige la concurrencia de dolo, porque, como ya afirmaba en su día ANTÓN ONECA, supone la voluntad de «determinar en otra persona la decisión de cometer el delito», y ésto sólo puede hacerse de forma consciente y voluntaria⁴⁶. Además, la Jurisprudencia, ha venido exigiendo este requisito al requerir que el inductor haya procedido maliciosamente en la determinación o decisión del autor material, teniendo consciencia de la antijuridicidad del hecho y de que éste se encuentra amenazado con una pena⁴⁷. Por esta razón, no cabe la inducción imprudente, aunque algún sector doctrinal admite hablar de ella, entendiéndola impune en todo caso⁴⁸, aunque en determinadas ocasiones es admisible que el sujeto al que se podría haber calificado, en principio, como «inductor imprudente» sea castigado penalmente pero no por su participación en un hecho doloso o imprudente realizado por el autor directo, sino

⁴⁴ Vid. JESCHECK, H.H., ob. cit., p. 626. Asimismo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS, ob. cit., p. 251.

⁴⁵ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., pp. 945 y 946; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ob. cit., pp. 170 y 171; LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLÁZQUEZ, C., ob. cit. pp. 456 y 457; LUZÓN CUESTA, J.M.: «Compendio de Derecho Penal. Parte General», Dykinson, Novena edición, Madrid. 1997, pp. 212 y 213; MIR PUIG, S., ob. cit., pp. 400 y ss.

⁴⁶ Vid. ANTÓN ONECA, J., ob. cit., p. 440.

⁴⁷ Vid. por todas la STS de 25 junio 1986.

⁴⁸ En contra, MIR PUIG, S., ob. cit., pp. 371 y 406, que considera punible la inducción imprudente a un hecho imprudente, exigiendo como único requisito que concurra en el inductor, en lugar de dolo, «la voluntad de inducir a realizar la conducta imprudente».

por una imprudencia cometida directamente por él, si se dan los presupuestos de la misma⁴⁹. Lo que puede darse es la inducción dolosa a un delito imprudente, en la que cada uno responderá según su propia responsabilidad, de la que nos ocuparemos en el apartado correspondiente a tales delitos.

No es posible la inducción por omisión, ya que no se puede crear en el inducido la resolución a cometer un delito con la simple pasividad o no hacer, lo que se exige es un movimiento activo, corporal, para que se desarrolle la actuación instigadora, convencer a alguien para que haga algo delictivo.

En la inducción se plantea el problema de la valoración del «exceso», que se produce cuando el autor material realiza actos que no estaban incluidos dentro de lo propuesto por el inductor, bien porque comete un delito de distinta naturaleza (exceso cualitativo o en los fines), bien porque va más allá de lo querido por el inductor en los medios, forma de ejecución o resultado (exceso cuantitativo o en los medios). En ambos casos, el inductor no responderá, en principio, del exceso, sólo lo hará por aquello que abarque su dolo⁵⁰, aunque si se trata de un exceso cuantitativo se puede fundamentar su responsabilidad sobre el exceso, bien por imprudencia o por dolo eventual, si hubiera podido prever tal exceso⁵¹.

4.b. *Cooperación necesaria y complicidad*

El cooperador necesario y el cómplice son considerados partícipes en el hecho delictivo ejecutado por el autor directo, y tienen en común que ninguno toma parte directa en la ejecución del delito, realizando únicamente una contribución al mismo de diferente entidad en cada tipo de intervención. A efectos de pena, el cooperador necesario se equipara al autor (art. 28, segundo párrafo, b) del C.P.), mientras que al cómplice se le rebaja la pena en un grado respecto al autor principal (art. 29 C.P.).

La cooperación necesaria es una forma de participación principal (como así la denomina CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁵²) que

⁴⁹ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 946; y BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 446.

⁵⁰ Vid. LUZÓN CUESTA, J.M., ob. cit., 212. Asimismo, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ob. cit., p. 171; JESCHECK, H.H., ob. cit., p. 628; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS, ob. cit., p. 252.

⁵¹ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., pp. 946.

⁵² Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 944.

supone la intervención de una persona en el hecho delictivo cometido por otra, de forma eficaz y necesaria, llevando a cabo un acto imprescindible sin el cual el delito no se habría producido. Cuando la cooperación o participación en el mismo se perpetra a través de actos no necesarios, anteriores o simultáneos (art. 29 C.P.), hay complicidad; por ello, lo decisivo a la hora de diferenciar estas dos formas de participación (cooperación necesaria y complicidad) es determinar cuándo estamos o no ante un acto necesario. En un primer momento se utilizó para esta distinción el criterio de la equivalencia de condiciones, por el que si un sujeto contribuye con un acto sin el cual no se hubiera realizado el delito, éste es causa y por tanto habría cooperación necesaria, pero si el delito se hubiera realizado de todos modos, habría que apreciar complicidad⁵³.

Con este método no se llegaban a solucionar muchos de los problemas que se planteaban, por lo que GIMBERNAT formuló la teoría de los bienes escasos, afirmando que la colaboración del cooperador necesario debe ser a través de un bien escaso, difícil de obtener, de modo que el fin delictivo no se pueda lograr de otra forma que con dicha colaboración, imposible de sustituir por otra, tratándose de simple complicidad cuando es un bien abundante o fácil de sustituir⁵⁴, debiendo realizarse la valoración de la aportación «ex ante», puesto que «ex post» todas las conductas se entenderían indispensables y constitutivas de cooperación necesaria. Según esta doctrina, para determinar la escasez se debe tener en cuenta la criminalidad de la conducta (cuando es ilícita es más difícil de conseguir, considerándose entonces bien escaso y si se aporta cooperación necesaria), la relación de causalidad con el resultado (si es causa del resultado es cooperación necesaria), y la remoción de un obstáculo serio para la realización del acto por el autor (si esa aportación no supone tal remoción, es complicidad)⁵⁵.

La Jurisprudencia ha admitido hoy en día la doctrina de los bienes escasos, definiendo al cooperador necesario como aquel que con-

⁵³ Vid. ANTÓN ONECA, J., ob. cit., p. 441.

⁵⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Autor y cómplice ...», ob. cit., pp. 152 y ss. De acuerdo con esta doctrina se han pronunciado: BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 448; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./Y OTROS, ob. cit., p. 253. En contra, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 688, al entender que este criterio «tal vez materialmente adecuado, se adapta mal a las exigencias legales y presenta, como el contenido de la letra b del art. 28, un grado considerable de indeterminación»; VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 287. MIR PUIG, S., ob. cit., p. 408 expone una hipótesis en la que combina ambas posturas (la de la equivalencia de condiciones y la de los bienes escasos).

⁵⁵ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Autor y cómplice ...», ob. cit., pp. 167 y ss.

tribuye al hecho con un bien o elemento causal que sea difícil de obtener por el autor, en definitiva, con una contribución que no todo ciudadano estaría dispuesto a prestar; mientras que al cómplice lo considera como un partícipe auxiliar, accesorio o secundario, sin cuya concurrencia el hecho también se podría haber realizado, pues su intervención no se valora como determinante o decisiva⁶⁶.

Según la doctrina mayoritaria, tanto la cooperación necesaria como la complicidad a un hecho doloso sólo son punibles cuando a su vez son dolosas, exigiendo el Tribunal Supremo que «el partícipe o cooperador conozca y quiera favorecer con su comportamiento la actividad delictiva de quien realiza por sí el delito; es decir, el cooperador necesario, o el cómplice, para que pueda ser sancionado como tal, ha de querer y conocer la realización del acto favorecedor» (sentencias del TS de 19 de septiembre de 1994 y 11 de julio de 1997). La cooperación o complicidad dolosa a un delito imprudente se verá más adelante.

Los actos que realiza el cooperador necesario no deben ser conjuntos a los del autor, ya que si lo son se convierte en coautor, sino anteriores (por ejemplo, poner a la embarazada en contacto con el médico abortista), coetáneos (como vigilar si viene alguien mientras se comete el delito) o posteriores, siempre y cuando se hayan concertado previamente y determinen la voluntad del autor (estos son los supuestos denominados por la doctrina alemana de «encubrimiento pactado», como por ejemplo, prometer la adquisición de los productos robados, receptación sin cuya garantía no se hubiera cometido el robo)⁶⁷.

Aparte de la cooperación necesaria y la complicidad por acción, también se pueden realizar por omisión, cuando con la inactividad, se está favoreciendo la comisión del delito (por ejemplo, un vigilante de un Banco que no cierra la puerta con llave ni conecta la alarma).

IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS IMPRUDENTES. PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

La participación en los delitos imprudentes ha sido, y continúa siendo, objeto de discusión en la doctrina jurídico penal, sin poder lle-

⁶⁶ Vid. las sentencias del TS de 28 de enero de 1991, 14 de octubre de 1992, 28 de noviembre de 1994, 11 de marzo de 1994, 7 de diciembre de 1994, 24 de febrero de 1995, 28 de noviembre de 1997, y 27 de enero de 1998.

⁶⁷ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 947.

gar a afirmarse que exista una clara distinción entre autoría y participación en la imprudencia, ya que la misma estará subordinada al mantenimiento de un concepto unitario o restrictivo de autor, al igual que ocurre en los delitos dolosos, aunque con ciertas peculiaridades. Como ha estudiado el profesor JORGE BARREIRO⁵⁸, en Alemania, un sector mayoritario de la doctrina considera autor del delito culposo no solamente a aquel que realiza el tipo (concepto restrictivo de autor que sirve para diferenciar autor y participe en los delitos dolosos según la doctrina dominante, como hemos visto), sino, como afirma JESCHECK, a todo sujeto que «infringiendo el cuidado exigible en el tráfico, contribuya a realizar el tipo»⁵⁹, es decir, es autor todo el que interviene causalmente en el hecho punible, siempre que concurren los presupuestos de imputación objetiva e infracción del deber de cuidado. Pero aun defendiendo la idea unitaria de autor, se considera impune el simple favorecimiento a la producción del resultado imprudente, siguiendo así los postulados del Código Penal alemán que únicamente castiga la participación dolosa. De este modo, en el ejemplo de BATTAGLINI, típico paradigma de la doctrina, del acompañante que incita al conductor de un vehículo a que conduzca imprudentemente con velocidad excesiva y saltándose los semáforos, según la tesis alemana será autor del resultado lesivo ocasionado (muerte del peatón) tanto el propio conductor que ha llevado a cabo la acción, como el acompañante que le ha inducido a hacerlo, aunque por la concepción positiva sólo el conductor será castigado penalmente.

Vemos, por tanto, que para distinguir entre autoría y participación en los delitos culposos se emplea, mayoritariamente en Alemania, una doctrina rechazada para los dolosos: la del concepto unitario de autor, lo que supone una ampliación del campo de la autoría, solucionando el problema de la supuesta participación culposa en el delito imprudente con la verificación del concurso de voluntades, como afirma el profesor GARCÍA VALDÉS⁶⁰, negando «ab initio» la diferenciación entre autoría y participación.

La postura alemana en esta materia ha sido severamente criticada puesto que, como sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si se

⁵⁸ Vid. JORGE BARREIRO, A.: «La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica», Tecnos, 1990, p. 121.

⁵⁹ Vid. JESCHECK, H.H., ob. cit., p. 596. En el mismo sentido, defendiendo un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, ROXIN, C.: «Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito», Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 1007.

⁶⁰ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Principios de ...», ob. cit., p. 31.

defiende un concepto de autor restrictivo respecto a los delitos dolosos, con mayor razón debe seguirse «en los más excepcionales imprudentes», resaltando que es una concepción puramente causal y no evolucionada de equiparación de todas las condiciones, un atraso o estancamiento en el tratamiento de la teoría del delito imprudente dentro del ámbito de la codelincuencia⁶¹. Lo que no parece adecuado es imputar a un sujeto el resultado a título de autoría simplemente por haber favorecido o contribuido a la acción imprudente de otro, que es en realidad el único responsable penalmente.

En España, la problemática sobre la aceptación o no de participación en los delitos imprudentes no está unánimemente resuelta, puesto que una parte de la doctrina sigue la corriente doctrinal alemana, defendiendo un concepto unitario de autor, y otra distingue entre autoría y participación en los delitos imprudentes en base a un concepto restrictivo de autor, argumentando que como tal sólo puede considerarse el que realiza el tipo, no todo el que interviene en él⁶².

Ya QUINTANO pensaba en la posibilidad de hablar de codelincuencia en el delito imprudente sin que ésta «pierda su naturaleza específica, que es eminentemente negativa, de ausencia de malicia»⁶³, en contraste con la concepción del italiano CARRARA que sostenía que en el delito culposo «cada cual responde del resultado lesivo que dimana de su propio y personalísimo acto imprudente»⁶⁴.

Siempre han existido dos posturas doctrinales en esta interesante materia: la de aquellos penalistas que no aceptan como principio general que pueda hablarse de codelincuencia en los delitos imprudentes, como GARCÍA VALDÉS⁶⁵, CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁶⁶, BUSTOS RAMÍREZ⁶⁷, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN⁶⁸, ROMEO CASABONA⁶⁹, etc., apoyándose en la idea de que no puede haber un acuerdo o voluntad final y consciente de

⁶¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Autoría* (voz), ob. cit., p. 698. Asimismo, LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 890.

⁶² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Autoría* (voz), ob. cit., p. 694.

⁶³ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Codelincuencia* (voz), ob. cit., p. 228; en el mismo sentido, ANTÓN ONECA, J., ob. cit., p. 428.

⁶⁴ Vid. CARRARA, *Programma*, parte general I, párr. 436, y *Opuscoli*, V y X, cit. en QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Codelincuencia* (voz), ob. cit., p. 227. Más estricta en el sentido de negar la codelincuencia propiamente dicha en los delitos imprudentes muestra QUINTANO la opinión de PESSINA, que la rechazaba incluso en los delitos dolosos.

⁶⁵ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Principios de ...», ob. cit., p. 31.

⁶⁶ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 925.

⁶⁷ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 450.

⁶⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., ob. cit., p. 489.

⁶⁹ Vid. ROMEO CASABONA, C.M.: «El médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)», Bosch, Barcelona, 1981, p. 247.

producir un resultado, cuando el mismo no es querido ni deseado en ningún momento, argumentando que será autor, pero de su propio delito imprudente, todo aquel que infrinja el deber de cuidado; y la de los que defienden la posibilidad de participación en los delitos imprudentes, entre los que ha destacado JIMÉNEZ DE ASÚA⁷⁰ (quien considera que las opiniones de aquellos que fundamentan la no existencia de codeinfluencia en los delitos imprudentes en que ésta exige un acuerdo para el resultado típico, y no para el acto, no son acertadas porque «la esencia de la culpa no está en la negligencia y no en el resultado»), y otros penalistas como RODRÍGUEZ DEVESA⁷¹, LUZÓN PEÑA⁷², JORGE BARREIRO⁷³, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN⁷⁴, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ⁷⁵, MIR PUIG⁷⁶, FEIJOÓ SÁNCHEZ⁷⁷, etc.

Pero entre la mayoría de autores que juzgan defendible la participación imprudente, lo que parece no dejar lugar a dudas es la no imposición de pena para esos meros favorecedores o partícipes culposos, (aunque según JORGE BARREIRO, de acuerdo con nuestro derecho positivo sería posible la punición de tales conductas), bien sea por razones de política criminal o de carácter dogmático, bien por la propia esencia de la penalidad a los partícipes, que exige el dolo como elemento subjetivo, es decir, que la contribución realizada por el partícipe al autor directo sea deseada, conocida y querida, nunca negligente o culpable⁷⁸.

Por tanto, vemos que a efectos prácticos el problema de la participación imprudente se resuelve bien no admitiendo «ab initio» esta posibilidad (no es posible la codeinfluencia en los delitos imprudentes), bien considerándola impune, es decir, por ninguna de las dos tesis se castiga penalmente al amigo que ha inducido al conductor del vehículo a conducir más deprisa, o al que ha coo-

⁷⁰ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ob. cit., p. 505.

⁷¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: «Derecho Penal Español. Parte General», Décima edición revisada y puesta al día, con autorización del autor, por Serrano Gómez, Madrid, 1986, pp. 818 y ss.

⁷² Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 902.

⁷³ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 124.

⁷⁴ Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 685.

⁷⁵ Vid. LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLÁZQUEZ, C., ob. cit., pp. 457.

⁷⁶ Vid. MIR PUIG, S., ob. cit., pp. 370 y 397.

⁷⁷ FELJOÓ SÁNCHEZ, B.: «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (Cuestiones de <<lege data>> y de <<lege ferenda>>», Cuadernos de Política Criminal, n.º 61/1997, Edersa, Madrid, 1997, pp. 322 a 330.

⁷⁸ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 124; y COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., pp. 684 y 685.

perado a ello dejando el volante al conductor inexperto⁷⁹. Otra cosa es que la actuación de esa persona o «partícipe imprudente» pueda ser considerada como autora de su propia imprudencia, posibilidad que puede darse siempre y cuando concurren los presupuestos de la imprudencia, lo que, en opinión de MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN no ocurriría en ninguno de los ejemplos anteriores, ya que faltaría la infracción del deber de cuidado y el dominio objetivo de la acción, que impiden fundamentar la autoría en el resultado producido⁸⁰. Pero cuando efectivamente se cumplen los requisitos de la imprudencia, la actuación de cada sujeto se está elevando a la categoría de delito autónomo, respondiendo como autores imprudentes por el hecho que ha dado lugar a un resultado lesivo. Esto último es lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad médica.

En este sentido de la participación imprudente, la Jurisprudencia ha mantenido a lo largo de los años una línea uniforme y regular. El Tribunal Supremo exige que la participación sea dolosa, porque si no la considera impune (STS de 24 de marzo de 1993)⁸¹, pero si lo que hay son culpas plurales coincidentes que confluyen a un resultado, castiga como autoría las conductas de cada uno de esos sujetos que, imprudentemente, han dado lugar

⁷⁹ En contra de estas tesis y admitiendo la posibilidad de punición de la participación imprudente se encuentra MIR PUIG, S., ob. cit., pp. 370 y ss., al estimar punibles la inducción y cooperación necesaria en un delito imprudente -no la complicidad-, ya que según este autor, el Código Penal, al tipificar los delitos culposos «exigiendo que se cometa el hecho por imprudencia, da cabida, a todas las formas de autoría del art. 28: tanto a los autores en sentido estricto como a los inductores y cooperadores necesarios». Este mismo autor, en p. 397, entiende que: «la imprudencia consistente en la cooperación necesaria no querida no puede quedar impune ni tampoco ser castigada como autoría imprudente». Asimismo, FELJÓ SÁNCHEZ, B., ob. cit., pp. 327 y ss., admite el castigo de la participación imprudente al criticar la postura de LUZÓN PEÑA, para el que, como hemos visto, toda participación imprudente, ya sea en un hecho doloso o culposo, es impune.

⁸⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., ob. cit., p. 489.

⁸¹ Esta sentencia pone de manifiesto que «la participación en un delito culposo carece de todo sentido», y requiere para todo tipo de participación la concurrencia de dos requisitos: «uno de carácter objetivo, consistente en que la actuación del partícipe sea de alguna manera, activa u omisiva, eficaz en cuanto que contribuye a la realización del delito por parte de su autor u autores principales, eficacia cuya mayor o menor intensidad sirva para distinguir las dos modalidades de cooperación o complicidad, y otro de carácter subjetivo, constituido por el dolo que ha de existir siempre y que tiene un doble contenido, a) conocimiento y voluntad de realizar el acto en que consiste la intervención personal del partícipe y b) conocimiento y voluntad de que con dicho acto se está contribuyendo a la realización del delito por su autor o autores principales». En el mismo sentido, por ejemplo, se ha eliminado la posibilidad de comisión culposa del tipo de cómplice en las sentencias del TS de 10 de mayo de 1968, 28 de febrero de 1986, 26 de febrero de 1987, 16 de octubre de 1989 y 21 de marzo de 1997.

a un resultado lesivo, pero no sobre la base de que todos los que intervengan en un único hecho sean considerados autores, sino estimando que cada uno responde de su propia imprudencia, como autor de la misma, por la infracción de los específicos deberes de cuidado que a cada uno conciernen y no como partícipes en el hecho imprudente que haya cometido otro, es decir, sin que se trate de reprochar culpabilísticamente a un sujeto por una conducta ajena, sino por su propia conducta que determina la ejecución final y concurrente al resultado lesivo. Tal es la pacífica doctrina jurisprudencial española resaltando, entre otras, las sentencias del TS de 4 de noviembre de 1971, 5 de febrero de 1990, 4 de septiembre de 1991, 18 de septiembre de 1992, 7 de julio de 1993 y 19 de septiembre de 1994. Esto ocurre cuando, según el propio Tribunal, hay un concurso de culpas o concurrencia culposa de varias personas que, sin previo acuerdo ni conexión, concurren y colaboran a la producción del resultado lesivo con acciones u omisiones imprudentes, las cuales deben valorarse de un modo individual atendiendo a su eficacia causal y al grado de la imprudencia (grave para unos, leve para otros)⁸².

Sin embargo, en determinadas ocasiones el Tribunal Supremo ha sentenciado que puede existir codelincuencia culposa, basando esta afirmación en la posibilidad de un acuerdo o concurrencia de voluntades no para el resultado final y definitivo, sino para la ejecución del acto peligroso, entendiendo que lo que prima en los delitos culposos no es la intención de delinquir (que suponiendo malicia y dolo excluiría la culpa) «sino la voluntad de realizar el acto susceptible de producir por negligencia omisiva o por acción imprudente, un resultado lesivo no querido pero debido prever y prevenir en su causación» (STS de 17 de febrero de 1976). En este sentido, por ejemplo, la persona que cede el volante a alguien que no sabe conducir y carece de carnet (o se halla bebido), colocándose a su lado y permitiendo que éste conduzca por calles concurridas, está colaborando a la negligencia o infracción del deber de cuidado y temeridad del conductor inexperto, causante material de la muerte de un peatón⁸³.

⁸² En este sentido, vid. asimismo, sentencias del TS de 4 de noviembre de 1971, 17 de febrero de 1976, 28 de mayo de 1981, 22 de diciembre de 1984, etc.

⁸³ Vid. la STS de 17 de febrero de 1976. Con anterioridad, también el Tribunal Supremo admitió la codelincuencia en un delito de imprudencia del antiguo art. 581 del Código Penal de 1870, en sentencias de 31 de octubre de 1928 (entregar la dirección de un camión al que se encontraba bebido y no sabía conducir), y en la de 22 de febrero de 1930, haciendo responsables, en esta última, de dos homicidios imprudentes (por el atropello y muerte de dos mujeres) al dueño que conducía el au-

1. PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE EN UN HECHO DOLOSO

Hasta aquí hemos visto qué ocurre en líneas generales en los supuestos de participación imprudente en un delito imprudente, pero ¿cuál sería la responsabilidad de una persona que en lugar de participar imprudentemente en un hecho culposo lo hace en uno doloso?; igualmente, ¿qué ocurriría si de lo que se trata es de una participación dolosa en un delito imprudente?.

La primera cuestión se refiere a los casos típicos apuntados por la doctrina de dejar una escopeta cargada al alcance del hermano que mata a su padre; de la enfermera que administra al paciente la inyección que le proporciona el doctor sin comprobar su contenido, fiándose de él⁸⁴; o de la mujer que da a su amante unos fuertes sedantes con los que éste da muerte a su esposa⁸⁵. El problema consiste en determinar cuándo estos sujetos que actúan imprudentemente son considerados «partícipes» en un hecho doloso o autores de su propia imprudencia. Si se les otorga la condición de partícipes imprudentes en el hecho doloso de otra persona, su impunidad se podría fundamentar de diversas formas: por un lado, en la prohibición de regreso formulada inicialmente por FRANK, y que ha encontrado seguidores en nuestra doctrina como ANTÓN ONECA⁸⁶, según la cual los anteriores casos se solucionarían con la impunidad, por interponerse entre una primera acción y el resultado la acción dolosa de un tercero, negando así la existencia de nexo causal (teoría íntimamente conectada con la de la causalidad que se refiere a la interrupción del nexo causal). Asimismo, la falta de castigo podría basarse en la causa general que ya hemos visto: toda participación imprudente, ya sea en un hecho doloso o culposo, es impune⁸⁷.

Por el contrario, parece más justificado resolver lo precedente no a través de una participación imprudente en un hecho doloso, sino

tomóvil sin la pericia necesaria, que tomó el volante voluntariamente, y al chófer que permitió que aquel condujera sin oponerse, siendo evidente, según la sentencia, que éste (el chófer) cooperó a la ejecución imprudente con un acto (aunque omisivo) sin el cual no se hubiera efectuado, debiendo ser imputable la imprudencia del conductor también al chófer. Sin embargo, en otro supuesto similar, la STS de 4 de diciembre de 1928 declara que no puede castigarse como autor de un delito imprudente al conductor del vehículo que encarga a su criado que conduzca, sin que éste tuviese la aptitud para ello, que provoca el atropello de un niño.

⁸⁴ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Principios de ...», ob. cit., p. 31.

⁸⁵ Vid. JESCHECK, H.H., ob. cit., p. 521.

⁸⁶ Vid. ANTÓN ONECA, J., ob. cit., p. 428.

⁸⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Autoría (voz)*, ob. cit., p. 699. Asimismo, LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 904.

como autoría en un hecho propio imprudente, obviamente siempre que exista un importante riesgo jurídicamente desaprobado de que con la actuación negligente se va a provocar el resultado doloso lesivo, es decir, en ningún caso se puede imputar objetivamente el resultado por imprudencia a una persona que no hubiera podido imaginarse que con la escopeta que dejó cargada pero debidamente guardada en lugar seguro, se iba a ocasionar la muerte del padre⁸⁸. Pero si existe ese riesgo, la responsabilidad debe ser por autoría en un delito imprudente, siendo castigados cada uno, en fundada opinión del profesor GARCÍA VALDÉS, por su propia negligencia, lo que no quiere decir que actúen como partícipes en el hecho doloso de otro⁸⁹.

2. PARTICIPACIÓN DOLOSA EN UN DELITO IMPRUDENTE

Cuando lo que se produce es una participación dolosa en un delito imprudente sí es razonable justificar la responsabilidad del partícipe, toda vez que un favorecimiento o contribución dolosa, aunque se trate de dolo eventual, a un hecho ejecutado por el autor imprudentemente, da lugar a una responsabilidad independiente de cada interviniente, sancionando al partícipe por su conducta dolosa y al autor por su actuación imprudente, como propone el profesor GARCÍA VALDÉS⁹⁰.

⁸⁸ Vid. JESCHECK, H.H., ob. cit., p. 521.

⁸⁹ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Principios de ...», ob. cit., p. 31. En el mismo sentido, LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLÁZQUEZ, C., ob. cit., p. 460, al entender que es necesario, en estos casos, romper el título de imputación y castigar a cada interviniente por el delito específico que ha cometido; ROXIN, C., ob. cit., p. 1007. En contra, por entender que no se trata de autoría, sino de participación, LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 905, porque, según este penalista, en los casos de favorecimiento imprudente al hecho doloso de otro no se puede hablar de que el que actúa imprudentemente haya determinado objetivamente el curso causal, necesario para afirmar la existencia de autoría, ya sea en un delito doloso o imprudente. Tal concepción la pone de manifiesto al estudiar el caso Vinader en que un periodista publica una serie de artículos en una revista con datos y fotografías de miembros de grupos antiterroristas de ultraderecha que supuestamente habrían cometido algún delito contra activistas de ETA; al ser asesinados poco después de salir los artículos las personas a las que se referían los mismos, la Audiencia Nacional consideró probada la relación de causalidad (en contra de lo cual se ha manifestado el profesor GIMBERNAT ORDEIG, E., en su reciente trabajo: «Ensayos penales», Tecnos, Madrid, 1999, pp. 195 y ss.) y condenó al periodista como autor de una imprudencia con resultado de muerte, hoy homicidio imprudente, rechazando la teoría de la prohibición de regreso (Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 1981, confirmada por el Tribunal Supremo por sentencia de 29 de enero de 1983).

⁹⁰ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Principios de ...», ob. cit., p. 31. En el mismo sentido, LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLÁZQUEZ, C., ob. cit., pp. 457 y 460. MIR PUIG, S., ob. cit., p. 397, entiende que en estos casos «no es punible como tal participación dolosa, pero cabrá sin duda castigar por participación en el delito imprudente o acudir a la autoría mediata».

Para CONDE-PUMPIDO FERREIRO y BUSTOS RAMÍREZ, todos los casos de colaboración dolosa en la actuación negligente de otro sujeto se van a enmarcar dentro de la autoría mediata dolosa en un hecho culposo, ya que el hombre de atrás utiliza como instrumento al que realiza el acto imprudente⁹¹. Es el caso, por ejemplo, de la enfermera que al ver a su enemiga en la mesa de operaciones, conscientemente, proporciona al cirujano una sangre de grupo distinto al de la paciente para hacerle la transfusión, lo que debía haber sido advertido por el galeno en la etiqueta en la que se reflejaba el grupo sanguíneo, que no comprueba, confiado, y muriendo la paciente poco después como consecuencia de la transfusión de sangre incompatible. La conducta de la enfermera será constitutiva de una autoría mediata dolosa al provocar o mantener una acción imprudente del médico-cirujano, al que aquella está utilizando como instrumento. Cosa distinta es, en el ejemplo puesto por LUZÓN PEÑA⁹², de la enfermera que se asusta al darse cuenta ya en el quirófano que, a pesar de haber puesto toda la diligencia debida, alguno de los instrumentos quizás no estaba debidamente esterilizado y al anunciárselo al cirujano éste no le hubiera dado importancia, actuando ambos imprudentemente. En ese caso, según este autor, se trataría de una cooperación imprudente en un hecho imprudente porque el que determina el curso de los acontecimientos es el cirujano, que será autor de las lesiones ocasionadas imprudentemente.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DENTRO DEL ÁMBITO MÉDICO-SANTARIO

1. EN LOS DELITOS DOLOSOS

En el ejercicio de la actividad médica puede producirse la lesión de bienes jurídicos que son objeto de protección por el Derecho Penal, tales como la vida, salud e integridad, o libertad, ya sea de forma dolosa o intencional, ya imprudente.

En relación con el tema que ahora nos ocupa, cuando la lesión es de carácter doloso, se prevén por el Código Penal una serie de tipos delictivos que sancionan las infracciones del bien jurídico protegido. Entre las agresiones a la vida humana, destaca el delito de

⁹¹ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 949; y BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., pp. 446 y 448.

⁹² Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 903.

homicidio (art. 138 C.P.) y la eutanasia o cooperación activa a la muerte de una persona que sufre padecimientos permanentes y difíciles de soportar, siempre que exista una petición expresa, seria e inequívoca de la víctima de querer acabar con su vida (art. 143.4 C.P.). En las agresiones a la vida humana dependiente se castiga el delito de aborto con consentimiento de la mujer (art. 145 C.P.), siempre que se lleve a cabo fuera de los supuestos permitidos en el art. 417 bis del Código Penal de 1973 (vigente por la Disposición Derogatoria 1ª del C.P. 1995), lo que constituye un tema de rigurosa actualidad por sus connotaciones éticas o morales, y por las continuas peticiones de indulto al Gobierno tramitadas por ginecólogos que lo han practicado y han sido condenados.

El bien jurídico salud o integridad corporal se encuentra protegido por los delitos de lesiones de los arts. 147 a 150 C.P., y, en especial, en cuanto afecta al tema médico-profesional, por el del art. 156 C.P. que consiste en la realización de operaciones de cirugía transexual o esterilizaciones (ligadura de trompas o vasectomía) cuando el consentimiento para las mismas se ha obtenido viciadamente, mediante precio o recompensa o el que lo otorga es menor de edad o incapaz (supuesto en que la esterilización puede ser autorizada judicialmente), actividades que se pueden encuadrar en el delito de lesiones.

Por último, en cuanto a la libertad personal cobra gran importancia el denominado tratamiento médico coactivo, por ejemplo, en los casos de huelgas de hambre, que podría dar lugar a un delito de coacciones (art. 172 C.P.), y donde entra en juego la voluntad o no del paciente a recibirlo, tema que ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales y que dejamos aquí únicamente apuntado, por exceder de las pretensiones de este trabajo.

Normalmente no se cometen delitos dolosos por los profesionales sanitarios, pero la referencia a ellos es inevitable, ya que dentro del dolo hay una clase, que es el denominado dolo eventual, que constituye el límite entre el dolo y la culpa consciente, lo que puede dar lugar a que, a veces, una conducta médica parezca encuadrable en la imprudencia, pero en realidad tratarse de una actividad dolosa eventual⁹³. Se da este tipo de dolo cuando es tal el cúmulo

⁹³ En este sentido, la STS de 19 de enero de 1972 condena a un ginecólogo como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte (hoy homicidio imprudente), afirmando que su conducta raya con la eventualidad dolosa dada la magnitud de errores, desatenciones y retraso en la adopción de decisiones vitales, que provocan la muerte de la paciente, como consecuencia de una infección pro-

de errores técnicos y omisiones de deberes profesionales tan básicos y elementales, que hacen muy probable el resultado, existiendo un altísimo riesgo de lesión, a pesar de lo cual se actúa⁸⁴, como en el ejemplo que pone ROMEO CASABONA de un médico que somete al paciente a una grave operación, arbitrariamente y sin pedir su consentimiento, a pesar de ser consciente de que puede morir en la mesa de operaciones y de que no es la única solución para mejorar su estado de salud⁸⁵. También podría haber dolo eventual, en nuestra opinión, si se extrae sangre a alguien con dudas de que tenga SIDA, y luego no se somete la misma a los test reglamentarios para detectarlo, a pesar de ser sobradamente conocido en la actualidad que esta enfermedad se transmite, entre otras, por vía sanguínea; si se contagia la enfermedad a un paciente al inyectarle la sangre infectada, podría fundamentarse el dolo eventual, ya que existía un gravísimo y muy probable riesgo de que esto ocurriera al no cribar la sangre.

En general, la responsabilidad penal en que puede incurrir un profesional médico por la comisión dolosa o intencional de un delito tipificado en el Código Penal, es la misma que la de cualquier otro ciudadano cuando lesiona de forma consciente y voluntaria un bien jurídicamente protegido⁸⁶. Es igual para todos, pero el profesional médico o sanitario, precisamente por su condición, puede tener ocasión de cometer determinados delitos, que por la especialidad del sujeto activo, no pueden cometer otras personas. Se trata

vocada por un resto de placenta que había quedado en su interior tras el parto, sin que el tocólogo atendiese a sus deberes profesionales, puesto que sólo le practicó un legrado digitalmente y sin anestesia (sin que diera resultado), haciendo caso omiso de los consejos del ayudante y desentendiéndose de la mujer, a pesar de que por su profesión era consciente de la grave infección que se podría desencadenar. Asimismo, la STS de 5 de noviembre de 1990 estudia la posible concurrencia de dolo eventual en la conducta de dos médicos de una prisión que no trasladan a un interno que ha sido maltratado al Hospital Penitenciario, conduciéndolo en su defecto a la enfermería, donde saben que la única actuación que podrán llevar a cabo será la de observación, y a pesar de las graves lesiones que sufría, falleciendo posteriormente; la Sala 2ª afirma que su conducta entraría dentro de la culpa consciente porque confían en que la muerte no se producirá, sin que se pueda deducir que aceptaron el resultado y lo consideraron como probable (dolo eventual).

⁸⁴ La STS de 4 de junio de 1970 condenó a una persona, aparte de por el delito de intrusismo por ejercer la profesión de Odontólogo sin tener título oficial alguno, por una falta de lesiones doloso eventuales, provocadas por la extracción de una muela, afirmando que al no poder realizar el procesado extracciones dentarias por su falta de titulación, al llevarlas a cabo es responsable de las lesiones que haya ocasionado, resultando muy alto el riesgo de que las mismas se produjeran.

⁸⁵ Vid. ROMEO CASABONA, C.M.: «El médico y el Derecho Penal ...», ob. cit., p. 208.

⁸⁶ Vid. ROMEO CASABONA, C.M.: «El médico ante el Derecho», Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Madrid, 1987, p. 61.

de tipos penales especiales como el libramiento de certificado falso, regulado en el art. 397 C.P.

Para determinados delitos, el Código Penal prevé respecto a los profesionales médicos que los cometan una pena específica, además de la que les corresponda como a cualquier otra persona: la de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión u oficio. Así se recoge en el delito de receptación (art. 303 C.P.), en el de tráfico de drogas (art. 372 C.P., donde se prevé incluso para determinados supuestos una agravación de las penas privativas de libertad: art. 369.8º C.P.), o en los delitos de suposición de parto, sustitución de niños, alteración de su filiación, o entrega indebida de un hijo, descendiente o menor a una persona aunque no concurre relación de filiación o parentesco alguna y eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción (art. 222 C.P.)⁹⁷.

En la actividad médica es posible la comisión del delito de denegación de asistencia sanitaria que se recoge en el art. 196 C.P., por el que se sanciona la conducta del profesional de servicios médico-sanitarios que, estando obligado a prestarlos al público y en el ejercicio de su profesión, denegare la asistencia o abandonare este tipo de servicios, cuando de ello se derive grave riesgo para la salud de las personas. Es un delito de omisión propia, relacionado con el de omisión del deber de socorro del art. 195 C.P., pero especial, porque sólo pueden cometerlo estos profesionales⁹⁸. Para este tipo delictivo se exige dolo, es decir, el profesional debe conocer la situación de peligro en que está el enfermo y, aun así, no actuar, no resultando, por ello, punible la comisión imprudente (ya que, según el art. 12 C.P. sólo se castigan las acciones u omisiones imprudentes cuando expresamente lo disponga la Ley y en este supuesto no se regula tal posibilidad). Si el médico o personal sanitario lo que hace es no prestar auxilio a un sujeto que se halle en peligro de-samparado y grave sin que tenga obligación específica de actuar en ese momento concreto, responderá por el delito del art. 195 C.P. como cualquier otro ciudadano⁹⁹.

⁹⁷ En cada tipo penal de los enumerados se especifican las personas consideradas facultativos: a los efectos de los arts. 303 y 373 C.P. ostentan esta condición los médicos, psicólogos, los que estén en posesión de un título sanitario, veterinarios, farmacéuticos y sus dependientes; y del art. 222 C.P., los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o sociosanitaria.

⁹⁸ Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: «Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil», Bosch, Barcelona, 1997, p. 303.

⁹⁹ Vid. GÓMEZ PAVÓN, P., ob. cit., p. 320.

Dentro de la omisión impropia o comisión por omisión dolosa hay que referirse a los supuestos del profesional médico-sanitario que deja de prestar de forma intencionada asistencia sanitaria a su propio paciente, concurriendo un delito de homicidio o lesiones dolosas, por la posición de garante que tiene el médico al estar obligado a velar por la vida y salud del enfermo cuyo tratamiento tiene a su cargo¹⁰⁰. Sin embargo, la mayoría de las veces lo que ocasionará esta posición de garante será una comisión por omisión imprudente, cuando se deja de hacer algo por parte del profesional a lo que viene obligado (no practicar las pruebas necesarias para diagnosticar la gravedad de un traumatismo craneoencefálico o no controlar una fuente de peligro), infringiendo los deberes de cuidado y provocando la lesión del bien jurídico.

En todos los delitos a que nos hemos referido y en el resto que se cometan dolosamente por los profesionales médicos, rigen las reglas generales sobre autoría y participación en base a un concepto restrictivo de autor, respondiendo como autor el que realice el hecho por sí sólo, como coautores cuando actúen varios conjuntamente y de común acuerdo, como inductores los que hayan incitado al autor directo a realizar el tipo, como cooperadores necesarios los que hayan cooperado con un acto sin el cual no se habría podido llevar a cabo el delito y, como cómplices, los que favorezcan el hecho con una cooperación no necesaria, con una actuación sin la cual el delito se habría cometido igualmente.

2. EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

2.a. *Delimitación de la imprudencia en el ámbito médico-sanitario*

En el ámbito médico-sanitario la práctica totalidad de las actuaciones delictivas que dan lugar a responsabilidad penal de los profesionales que actúan dentro de él, se cometen por una actuación imprudente o culposa. Como manifiesta ROMEO CASABONA, el tipo del injusto en los delitos imprudentes va a estar formado por los mismos elementos que en los dolosos: el desvalor de la acción y el desvalor del resultado¹⁰¹. En los tipos dolosos, el desvalor de la acción está formado por la conciencia y voluntad de ejecutar el delito, mientras que en

¹⁰⁰ Vid. ROMEO CASABONA, C.M.: «El médico ante ...», ob. cit., p. 62.

¹⁰¹ Vid. ROMEO CASABONA, C.M.: «El médico y el Derecho Penal ...», ob. cit., pp. 211 y 212.

los imprudentes cometidos dentro del campo de la Medicina, tiene su origen en la infracción de los deberes objetivos de cuidado, al no prestar la atención debida a la hora de realizar la actividad profesional, o por utilizar incorrectamente los medios que se tienen a su disposición. Es decir, hay una actuación negligente cuando en el autor de la imprudencia se da una falta de previsión, provocando la lesión del bien jurídico, aunque de forma involuntaria, sin dolo¹⁰².

La imprudencia surge ante una actuación negligente o descuidada del profesional médico o sanitario, que al estar, en principio, especialmente preparado dentro del ámbito de su propia competencia debe tener los conocimientos necesarios para saber que tal tipo de actuación conllevará un riesgo para la salud del paciente¹⁰³. Por eso existe, entre otros, el deber de actualización de los conocimientos en función de los progresos científicos¹⁰⁴.

Es preciso reconocer que toda actividad médica lleva inherentes una serie de riesgos que pueden desembocar en resultados de muerte o lesiones, pero que deben ser admitidos por el paciente al someterse a un tratamiento médico o quirúrgico, es el llamado «riesgo permitido». Lo difícil resulta determinar cuándo el foco de peligro que es «ab initio» lícito porque entra dentro del «riesgo permitido», se desestabiliza, superando lo permitido y pasando a engrosar el campo de la imprudencia punible¹⁰⁵. No siempre que se produce un resultado lesivo, no se mejora en el estado de salud o fracasa una intervención quirúrgica, hay imprudencia de alguno o de todos los profesionales que intervinieron en la actuación que ha conducido a la lesión del bien jurídico, sólo habrá imprudencia cuando, además de infringir los deberes objetivos de cuidado y producirse un resultado perjudicial para el paciente (lesiones, muerte, etc.), existe relación de causalidad entre la conducta negligente y el daño causado¹⁰⁶, siempre que, además, hubiese sido posible prevenir y evitar

¹⁰² Vid. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: «Sistema de responsabilidad médica», Comares, Granada, 1997, p. 448; y, en el mismo sentido, RÓMEO CASABONA, C.M.: «El médico ante ...», ob. cit., p. 62.

¹⁰³ En este sentido, la STS de 20 de febrero de 1991 condenó a un médico que desatendió y dio de alta a una enferma después de extirparle la vesícula biliar, cuando se encontraba en tan grave estado que debería haber hecho pensar a aquél que se trataba de una «ictericia obstructiva», originándose unas graves lesiones como consecuencia de una «conducta claramente descuidada, un olvido de los principios inexcusables de la lex artis».

¹⁰⁴ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 48.

¹⁰⁵ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Ensayos ...», ob. cit., pp. 220 y 221.

¹⁰⁶ Vid., entre otras, las sentencias del TS de 5 de marzo de 1974, 3 de junio de 1975, 4 de febrero de 1976, 15 de marzo de 1976, 5 de febrero de 1981, 17 de julio de 1982, 26 de octubre de 1983, 21 de febrero de 1986, 7 de octubre de 1986, 29 de

dicho daño¹⁰⁷. Debe tratarse de un riesgo no permitido, superior a una mera infracción de la «lex artis», y conocido por el autor de la imprudencia, que bien lo desecha bien confía en que podrá evitar el resultado¹⁰⁸.

El Código Penal regula la imprudencia a través de un sistema de «*numerus clausus*», lo que se consagra en el art. 12, según el cual «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley», es decir, no se sanciona por un precepto genérico de imprudencia con distintos resultados (art. 565 del C.P. de 1973), sino por un precepto específico que considere punible un determinado delito cuando se cometa imprudentemente (por ejemplo, homicidio imprudente del art. 142 C.P. de 1995). La imprudencia puede calificarse como grave (cuando se trata de delito) o leve (cuando es falta), y hay ocasiones en que el Código Penal recoge la categoría de imprudencia profesional, concretamente, en el homicidio (art. 142.3), aborto (art. 146, 2º párrafo), lesiones (art. 152.3) y lesiones al feto (art. 158, párrafo segundo), castigando además de con la pena privativa de libertad que corresponda, con la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período determinado según el delito. Esta impericia profesional se caracteriza, según el Tribunal Supremo, por un desconocimiento inadmisiblemente de aquello que profesionalmente ha de saberse¹⁰⁹.

La imprudencia en general, y por supuesto también en el campo de la Medicina, puede ser cometida tanto por una conducta activa como omisiva, de la que en el delito culposo de acción serán responsables, como ha afirmado el profesor GIMBERNAT en un reciente traba-

marzo de 1988, 27 de mayo de 1988, 5 de mayo de 1989, 5 de julio de 1989, 14 de septiembre de 1990, 14 de febrero de 1991, 9 de diciembre de 1993, 29 de octubre de 1994, 21 de julio de 1995, 13 de febrero de 1997 y 30 de octubre de 1997. Se aprecia que no existe relación de causalidad y, por tanto, se absuelve, en las sentencias del TS de 11 de febrero de 1987, 20 de noviembre de 1989, 4 de octubre de 1990, 6 de febrero de 1991, 21 de abril de 1992, 28 de septiembre de 1992, 31 de mayo de 1994, 29 de febrero de 1996, etc. Concretamente, en la STS de 5 de julio de 1991 se plantea la cuestión de si existe relación de causalidad entre una transfusión de sangre incompatible que realizaron dos médicos y la posterior muerte del paciente, puesto que inmediatamente después de advertir el error éstos adoptaron las medidas adecuadas para corregir sus efectos, concluyendo el Tribunal que al no haber total certeza de que la muerte fuese consecuencia de la transfusión de sangre, no se les puede imputar tal resultado, condenándoles únicamente como autores de una falta de imprudencia con resultado de lesiones graves.

¹⁰⁷ Vid. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., ob. cit., p. 448.

¹⁰⁸ Vid. GÓMEZ PAVÓN, P., ob. cit., p. 326.

¹⁰⁹ Vid., entre otras, las sentencias del TS de 5 de noviembre de 1990 y 8 de junio de 1994.

jo¹¹⁰, aquellos sujetos que, mediante su comportamiento activo, hayan desestabilizado el foco de peligro preexistente, que en un principio era permitido (una enfermedad que viene impuesta por la naturaleza), transformándolo en prohibido (por ejemplo, el médico que, imprudentemente, receta al paciente un fármaco al que es alérgico, provocándole una grave reacción que le lleva a la muerte); y en el de comisión por omisión quienes hayan de igual modo desestabilizado el foco de peligro, pero por no adoptar una medida de precaución a la que estaban obligados, de modo que si ésta se hubiera efectuado, el riesgo se habría mantenido dentro de lo permitido (por ejemplo, omitir el diagnóstico de peritonitis imprudentemente y, por tanto, dejar de prescribir el tratamiento de precaución adecuado, que lleva a la muerte del paciente). Será castigado el que estaba encargado específicamente de controlar tal foco de peligro dentro de los niveles de riesgo tolerados por la norma. Por ejemplo, en la importante STS de 18 de noviembre de 1991, relativa a las transfusiones de sangre contaminada con sida que provocaron el contagio de la enfermedad a varios pacientes, la Sala 2.ª condenó al Director Gerente y al Director Médico del Hospital como autores de lesiones imprudentes en comisión por omisión por no adoptar las medidas oportunas y no adquirir el instrumental necesario para que se realizasen los controles antisida de la sangre que iba a ser transfundida a los pacientes; y a la Jefa del Servicio de Hematología del Hospital, que ordena imprudentemente que se entregue a los equipos quirúrgicos la sangre no sometida a los controles antisida, por su conducta activa, como autora de lesiones graves imprudentes, ya que ésta, sabiendo que no se realizaban las oportunas pruebas, en lugar de negarse a practicar las transfusiones sanguíneas o de dirigirse a bancos de sangre de otros centros hospitalarios, siguió consintiendo y entregando dicha sangre a los equipos quirúrgicos, los cuales actuaron confiados en la idoneidad de la misma.

De los delitos de omisión propia, concretamente el recogido en el art. 196 C.P. de denegación de asistencia sanitaria, ya hablamos en el apartado correspondiente, dentro de los delitos dolosos, no teniendo cabida en los imprudentes puesto que no se prevé expresamente por el Código Penal esta posibilidad.

2.b. *Autoría unipersonal en el ámbito médico-sanitario*

La infracción del deber de cuidado que da lugar a la apreciación del tipo imprudente de acción u omisión, debe valorarse de un modo

¹¹⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Ensayos ...», ob. cit., p. 232 y ss.

objetivo, en función de determinadas circunstancias y condiciones de lugar, tiempo, capacidad y preparación, medios técnicos, etc.¹¹¹. Por esta razón no se debe valorar de igual modo una actividad negligente llevada a cabo en circunstancias normales que cuando, por ejemplo, hay una gran masificación de enfermos en un Hospital al haberse producido una catástrofe en la que los profesionales no dan a basto y su rendimiento, dadas las circunstancias, es el óptimo; o cuando se trata de un médico que está ejerciendo la profesión en un medio rural, sin disponer de los idóneos medios materiales y humanos; o el médico de familia que carece de los conocimientos y preparación exigidas para tratar la patología que se le presenta, y es consciente de ello, pero por necesidades de urgencia, de lejanía del centro hospitalario y de médicos especialistas, tiene que actuar para tratar de salvar la vida al paciente, etc.

En hipótesis como las anteriores puede producirse una infracción de los deberes de cuidado y, sin embargo, no ser una conducta penalmente imputable, ya que existen concretas situaciones de necesidad en que el sujeto está obligado a actuar de ese modo.

Asimismo, no es posible valorar de la misma forma los casos en que la actuación que ha supuesto la infracción de los deberes de cuidado se haya cometido por una sola persona, que cuando ha sido por varias, ya sea por una cadena de profesionales o por un equipo médico, donde existe una distribución de funciones y competencias (médico-cirujano, anestesista, A.T.S., etc.).

Cuando el hecho es cometido por un solo profesional no se presentan dificultades para fijar el tipo de responsabilidad: el que tiene una actuación negligente será autor directo o unipersonal imprudente, por su conducta activa u omisiva, sin que obviamente se planteen problemas de autoría y participación.

En este sentido, la determinación del concepto de autor se va a efectuar conforme a las reglas generales, al igual que en el delito doloso, es decir, en base a un concepto restrictivo de autor. Como afirma JORGE BARREIRO, la autoría imprudente requiere la realización típica del hecho culposo por parte del sujeto (no el mero favorecimiento) y la determinación objetiva y positiva de la producción del resultado con tal actuación¹¹². Dentro del ám-

¹¹¹ Vid. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., ob. cit., p. 465; ROMEO CASABONA, C.M.: «El médico ante ...», ob. cit., p. 76; JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 48 y ss.

¹¹² Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 124; en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 894.

bito médico-sanitario que ahora nos ocupa es autor, por ejemplo, de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, etc., imprudentes, el que realice determinadas prácticas sanitarias de forma inadecuada desestabilizando con su acción u omisión un foco de peligro y convirtiendo el riesgo en no permitido, lesionando el bien jurídico vida, integridad o salud, por ejemplo, al recetar un medicamento que comporta un grave riesgo de aborto para la madre o de lesiones al feto, al no poner un tratamiento adecuado al niño que en realidad tenía una meningitis que le provoca la muerte, al dar el alta a un paciente con traumatismo craneoencefálico sin practicar las pruebas necesarias que llevasen a determinar la gravedad del mismo produciéndose su muerte (STS de 8 de junio de 1994), o al desatender una comadrona a una parturienta desde su entrada en el Servicio de Ginecología cuando se habían presentado complicaciones (con señales de sufrimiento fetal) y abandonar el Hospital al finalizar su turno de trabajo, sin pasar aviso al médico de guardia ni dar explicación alguna a sus compañeras sobre el estado de la paciente, naciendo el niño con graves taras (STS de 5 de abril de 1995, en la que se la condena como autora de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves)¹¹³.

2.c. *Determinación de la autoría en el trabajo en equipo*

En la actualidad, el progreso técnico de la Medicina, en especial de la Cirugía, con el consiguiente aumento de especialidades, que no pueden ser controladas por una sola persona, la dedicación y concentración de los médicos en la actividad propia de cada uno, la complejidad y especialización de medios que existe, y el gran número de pacientes, lo que requiere una perfecta organización sanitaria, entre otras causas, han dado lugar a que el ejercicio de las

¹¹³ Otros supuestos serían, por ejemplo, el de la STS de 4 de enero de 1991 de un médico que practica las primeras curas en una pierna a una paciente que había sufrido un accidente de circulación y, posteriormente, se desprecupa de comprobar su evolución, adoleciendo días después de signos evidentes de necrosis que hicieron necesaria la amputación de la pierna; en la STS de 3 de julio de 1989 en que el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología de un Hospital efectúa varias intervenciones de ligadura de trompas con absoluta falta de cuidado, ocasionando lesiones en diferentes mujeres; en la STS de 24 de noviembre de 1989 en que un psiquiatra inyecta pentotal sódico a un paciente sometido a tratamiento de narcoanálisis, sin cerciorarse de la no presencia de la denominada fase digestiva y sin tener a mano un equipo mecánico de reanimación, falleciendo el paciente; y otras, como las de 25 de noviembre de 1980, 18 de junio de 1982, 18 de octubre de 1982, etc.

actividades médicas y quirúrgicas no se pueda realizar individualmente, por un único profesional, sino por toda una cadena de facultativos o por un equipo médico (con cirujanos, colaboradores, especialistas en una materia concreta, etc.), contando asimismo con equipos de personal auxiliar, tales como ayudantes, estudiantes en prácticas, enfermeras, etc.¹¹⁴.

En el caso de existir una cadena de facultativos en la que el médico al que ha acudido el paciente encarga a otros, por ejemplo, la realización de un diagnóstico, un examen radiológico, analítica, etc., cualquier error que se produzca en esa cadena de actividades afectará al tratamiento final que se dé al enfermo, respondiendo penalmente como autor de la imprudencia cometida el que haya realizado negligentemente y con infracción de los deberes de cuidado la prueba solicitada por el facultativo «encargado» del caso, siendo a su vez responsable éste último si debió haber reconocido tal imprudencia por razón de sus conocimientos y dentro del deber de cuidado que a él le corresponde, sin obrar en consecuencia¹¹⁵.

El equipo médico o quirúrgico es el formado por un conjunto de especialistas que intervienen en una fase de la enfermedad del paciente (diagnóstico, intervención quirúrgica, posoperatorio, etc.), en el cual cada profesional tiene una función dentro de la actuación general, por ejemplo, en un trasplante de corazón, el anestesista es el encargado de la narcosis y de la comprobación de las constantes vitales del paciente que se encuentra en la mesa de operaciones, la enfermera la que debe preparar el instrumental antes y durante la operación, el cirujano-jefe el que practica las fases más complicadas de la intervención y el colaborador el que ayuda y finalmente realiza los puntos de sutura. Normalmente, hay un jefe que coordina y dirige a los diferentes profesionales que integran el equipo, siendo la responsabilidad de cada uno diferente, personal e individual en lo que a su propio cometido y función se refiere.

Precisamente, como la responsabilidad se caracteriza por ser individual y personal hay ocasiones en que se produce un único resultado lesivo, pero las acciones imprudentes que pueden haberlo causado ser varias. En estos casos, responde cada sujeto como autor de su propia imprudencia, con independencia del delito que se

¹¹⁴ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 113; asimismo, MONTERDE FERRER, F.: «Delitos relacionados con la actividad médico-sanitaria», en «Causalidad e imputación objetiva», director Luis María Díaz Valcárcel, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Septiembre 1994, p. 256.

¹¹⁵ Vid. GÓMEZ PAVÓN, P., ob. cit., p. 344.

le impute al otro sujeto, con el que, en principio, habría colaborado a la producción del resultado, pero que al haber realizado un actuación imprudente en sí misma considerada es castigado por ella. Hay, sin embargo, determinados penalistas, entre los que destacan JORGE BARREIRO y LUZÓN PEÑA, que distinguen entre autoría imprudente, coautoría imprudente y autoría mediata imprudente, a las que haremos referencia a continuación con algunos ejemplos¹¹⁶.

Para delimitar tales conceptos de autoría y, en general, para establecer la responsabilidad que atañe a cada sujeto interviniente en una actuación médica en equipo al producirse un resultado lesivo para el paciente, hay que hacer obligada referencia al principio de confianza y a los criterios de la división de trabajo (en vertical y en horizontal).

— *Principio de confianza.*

Consiste en que la persona que está actuando correctamente puede «confiar» en el actuar igualmente correcto de aquellos otros que intervienen en la actividad¹¹⁷, es decir, el cirujano puede confiar que la enfermera encargada del instrumental lo haya esterilizado antes de la operación, o que el anestesista actuará conforme a la «lex artis», realizando el estudio preanestésico sobre la historia clínica y estado circulatorio del paciente, revisando la maquinaria destinada al control de sus constantes durante la narcosis, etc.¹¹⁸. Sin embargo, el principio de confianza tiene unos límites: si el miembro del equipo que debe confiar en la actividad de otro sujeto, percibe en él una conducta imprudente o tiene serias dudas sobre su cualificación o capacidad y, aun así, no hace nada por evitar el peligro que ello comporta, será también responsable por esa negligencia si se origina un resultado lesivo¹¹⁹. Tal es en el supuesto de un anestesista que atiende dos quirófanos a la vez por falta

¹¹⁶ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 124; y LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., pp. 898 y ss.

¹¹⁷ Vid. ROMEO CASABONA, C.M.: «El médico y el Derecho Penal ...», ob. cit., pp. 248 y ss.

¹¹⁸ En este sentido, la STS de 22 de abril de 1988 condenó a una doctora-anestesista como autora de una falta de simple imprudencia con resultado de muerte (hoy falta de imprudencia del art. 621.2 C.P.) por obrar rutinariamente y no comprobar con todo el rigor que se exige, extremando las precauciones, las constantes vitales de una niña que estaba siendo operada, ni el estado del tubo de oxigenación cuyo doblamiento o insuficiencia pudo haber verificado de haber obrado con mayor diligencia, previsión y cuidado, produciéndose su muerte como consecuencia de una descerebración.

¹¹⁹ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 155; y MONTERDE FERRER, F., ob. cit., p. 256.

de personal, lo que le impide controlar con la debida diligencia las constantes del paciente, y el cirujano que lo permite, no haciendo nada por evitarlo, siendo consciente de que en ausencia de aquel no habría nadie encargado de visualizar los monitores de control.

En cuanto a la responsabilidad de cada interviniente en los polémicos casos de abandono de cuerpos extraños en el organismo, hay que tener presente que se trata de supuestos en que normalmente se realiza una operación de cierta gravedad debiendo estar el cirujano absolutamente concentrado en su tarea, «confiando» en que las actividades secundarias, como la realizada por la enfermera encargada del instrumental al efectuar el recuento de material antes de proceder a la sutura de la herida, se van a realizar correctamente¹²⁰. Sin embargo, puede fundamentarse la responsabilidad directa por imprudencia del propio cirujano cuando, después de la operación y debido a las dolores de la enferma, se le realiza un examen radiológico por el que se comprueba la existencia de material quirúrgico en su interior y el cirujano hace caso omiso a las advertencias del radiólogo, muriendo poco después (STS de 17 de noviembre de 1987). O cuando no es ayudado en la intervención por personal auxiliar alguno y es el propio cirujano el que al final de la intervención no se asegura del recuento final del instrumental empleado, dejando unas tijeras en el interior de la paciente, que le ocasionan la muerte como consecuencia de un desgarró intestinal (STS de 15 de diciembre de 1953).

— *El principio de división de trabajo.*

El principio de la división de trabajo es considerado tanto por la ciencia médica como por la dogmática jurídico-penal modernas un criterio fundamental para la especialización y concentración del médico, ya que la existencia de una razonada distribución de tareas redundan en una mayor protección y asistencia, con la concurrencia de unos específicos deberes de diligencia, cuya infracción será objeto de reproche penal¹²¹.

La división de trabajo puede darse de dos formas: vertical u horizontal. La primera, aparece siempre que exista una relación jerárquica entre profesionales sanitarios de diferente categoría¹²². Se trata de una delegación entre los diferentes integrantes del equipo, donde hay unas relaciones de supra y subordinación, siendo para-

¹²⁰ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 156 y ss.

¹²¹ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 115.

¹²² Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 116.

digma el binomio cirujano-enfermeras o ATS y, a juicio de GÓMEZ PAVÓN¹²³, también las relaciones dentro del equipo entre médicos de distinta categoría, pensemos en el cirujano-jefe y médico interno residente (MIR). Para individualizar la responsabilidad concreta de cada miembro del equipo (cirujano jefe, colaboradores, ATS...), JORGE BARREIRO¹²⁴ propone tres consideraciones a tener en cuenta: a) que la responsabilidad penal es individual y personal; b) concretar los deberes de cuidado que le incumben a cada sujeto; y c) determinar las competencias fijadas por la normativa sanitaria para cada grupo profesional.

La segunda, la división de trabajo en horizontal, es aquella en la que prima la igualdad entre los diferentes profesionales, teniendo cada uno conocimientos y competencias independientes, específicas y propias, que se complementan y con una finalidad común: la curación del paciente¹²⁵. Son los supuestos, por ejemplo, de relación entre cirujano, anestesista y analista en un equipo quirúrgico, en que cada uno actúa dentro de su ámbito de competencia profesional¹²⁶. Así, por ejemplo, en las relaciones entre analista y anestesista, la STS de 11 de junio de 1982 estudia un supuesto en que, el primero, se equivoca al determinar el grupo sanguíneo de una enferma, y el anestesista-reanimador, con el fin de elevar el tono vital y mejorar el estado post-operatorio y con esa información errónea, ordena que se le realice una transfusión, sin comprobar personalmente o por medio de otra persona el grupo sanguíneo que verdaderamente le correspondía, produciéndose la muerte como consecuencia de la transfusión de sangre incompatible¹²⁷.

Generalmente, el anestesista constituye un medio para realizar la intervención, y actúa simultáneamente con el cirujano¹²⁸, te-

¹²³ Vid. GÓMEZ PAVÓN, P., ob. cit., p. 345.

¹²⁴ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., pp. 148 y 149.

¹²⁵ Vid. GÓMEZ PAVÓN, P., ob. cit., p. 346; asimismo, JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 136.

¹²⁶ En este sentido, la STS de 24 de noviembre de 1984 condena por imprudencia a un médico-cirujano que teniendo la competencia de examinar, antes de la operación y con la debida atención, el historial clínico y radiografías practicadas a un paciente, no lo hace con absoluta falta de diligencia, extirpándole el riñón sano, en lugar del enfermo, y procediendo a su reimplantación una vez advertido del error por el anestesista, muriendo el paciente como consecuencia de la formación de coágulos por la extirpación y subsiguiente reimplantación renal.

¹²⁷ En sentido similar, destaca la STS de 13 de octubre de 1981, que condena a una matrona que se confunde al leer en la ficha el tipo de sangre que le corresponde a una parturienta, y al anestesista que no lo comprueba personalmente antes de realizar la transfusión, dando lugar a la muerte de la paciente por transfundirle sangre incompatible.

¹²⁸ Vid. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., ob. cit., p. 325.

niendo una responsabilidad individual, de autoría directa o unipersonal, cuando el error cometido que provoca un resultado lesivo entra dentro de las funciones de su competencia exclusiva, y no pudiera ser advertido por el cirujano, por ejemplo, si se debe a defectos en la dosificación a la hora de administrar la anestesia, o en el medicamento utilizado, como en la STS de 18 de marzo de 1993 que condena a una doctora anestesista por lesiones imprudentes que llevan a la paciente a quedar psíquicamente incapacitada para regir su persona y bienes, ocasionadas como consecuencia de la inducción anestésica, bien fuese porque la medicina administrada no era la correcta bien porque aun siéndolo no había llevado a cabo las previas y exigibles pruebas alérgicas. O la STS de 26 de abril de 1994 que condena por imprudencia al anestesista que deja sin vigilancia a una paciente en la fase de despertar, dando lugar a que entrase en coma, mientras intervenía en otra operación.

Sin embargo, hay ocasiones en que, en el binomio cirujano-anestesista, ambos responden de la imprudencia cometida, por ejemplo, en la STS de 5 de febrero de 1990, donde se aprecia la responsabilidad de un cirujano que extirpa en veinte segundos las amígdalas a un niño y, posteriormente, no realiza ninguna exploración o comprobación sobre si sangraba o no, abandonando el quirófano (siendo condenado como autor de imprudencia temeraria, hoy homicidio imprudente del art. 142.3 C.P.), y del anestesista que se da cuenta de esta circunstancia y no hace nada por evitarlo (autor de una falta de imprudencia, que en la actualidad constituye una falta de imprudencia leve con resultado de muerte del art. 621.2 C.P.), produciéndose la muerte por asfixia debido a la obstrucción de las vías respiratorias y aspiración sucesiva de sangre.

2.d. *Autoría mediata imprudente*

Se estaría ante autoría mediata imprudente cuando la persona que obra desde atrás (autor mediato) incita negligentemente a otra (que actúa como instrumento) a llevar a cabo una acción que, a su vez, puede ser también imprudente o ser un mero instrumento sin responsabilidad¹²⁹. El que actúa en primer lugar, desde atrás, se configura como autor mediato, porque determina objetivamente el curso causal, haciendo que el segundo sujeto, el de delante, lleve a

¹²⁹ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 125.

cabo la acción que produce el resultado lesivo¹³⁰. Sin embargo, aunque parte de la doctrina admita la autoría mediata imprudente, para CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ésta no es posible, porque en la imprudencia no puede hablarse de que exista un dominio del hecho por parte del autor mediato u hombre de atrás, ya que al no ser querido el resultado no puede atribuirse a éste la voluntad de dominar el hecho y dirigir conscientemente la acción del instrumento a un resultado no deseado ni querido¹³¹.

No obstante, en el ámbito de la modalidad vertical de la división de trabajo médico-sanitario es posible encontrarnos con este tipo de autoría, por ejemplo, en el supuesto de un médico que tiene una posición de superioridad, con especial competencia en una materia concreta, por ejemplo, el doctor encargado de recetar los fármacos apropiados para la sanidad del enfermo, que da una orden equivocada al inferior jerárquico, A.T.S. al que incumbe suministrar la medicación, provocando un empeoramiento y la muerte del paciente, al ser alérgico a algún componente de aquella medicina, circunstancia que el facultativo no ha comprobado, o negligentemente ha despreciado. O en el supuesto de un doctor especialista en radioterapia que delega la aplicación de esta técnica en una persona sin titulación médica, no estando ni siquiera presente en las sesiones, y conociendo los riesgos que de ello se podían derivar (STS de 11 de diciembre de 1989).

Por otro lado, en la división horizontal del trabajo en equipo, se pueden apreciar supuestos similares. Así, el del anestesista que como autor mediato imprudente indica al cirujano (que actúa como instrumento) que puede comenzar la operación, lo que está dentro de su competencia, obviando y ocultando las complicaciones serias que había padecido el paciente minutos antes (con paros respiratorio y cardíaco durante cierto tiempo), llevándose a cabo la misma y falleciendo poco después el enfermo como consecuencia de una descerebración (STS de 26 de junio de 1980).

En todos los casos anteriores hay que tener en cuenta que si, a su vez, el autor inmediato actúa negligentemente, omitiendo la debida prudencia, como ya hemos estudiado anteriormente respecto a los delitos dolosos, el hombre de atrás seguiría teniendo el domi-

¹³⁰ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 906. Admiten asimismo esta posibilidad de imprudencia a través de la instrumentalización de una tercera persona, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 679.

¹³¹ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., ob. cit., p. 943. En idéntico sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 450.

nio del hecho, por lo que habría una responsabilidad imprudente de ambos: del sujeto de atrás como autor mediato imprudente y del que efectivamente realiza la acción como autor inmediato imprudente¹³². Estos son los denominados casos del «autor detrás del autor».

2.e. Coautoría imprudente

Se pueden apreciar casos de coautoría imprudente cuando dos o más personas proceden de común acuerdo en el actuar descuidado¹³³, aunque se trate, como afirma QUINTANO, de una comunidad de voluntades negativa o de ausencia de malicia¹³⁴. Para MIR PUIG esta postura es coherente, ya que el común acuerdo se refiere no al resultado sino a la conducta imprudente, que pueden realizar varios sujetos¹³⁵. Sin embargo, otros autores, como BUSTOS RAMÍREZ no admiten esta posibilidad, puesto que, al basarse el concepto de coautor en un plan común y distribución funcional del hecho, éste no es posible en el delito culposo, respondiendo ambos como autores de su propia conducta imprudente¹³⁶.

Según LUZÓN PEÑA, la coautoría imprudente también puede darse cuando el sujeto que realiza la primera acción, aparentemente favorece o incita a la segunda acción a un tercero, pero en realidad es codeterminante del resultado, ocasionado por la concurrencia de ambas acciones, aunque no haya común acuerdo previo entre los autores. Son los casos de autoría accesoria imprudente¹³⁷, por ejemplo, el Jefe del Servicio de Hematología de un Hospital que, aconsejado por el Director del Centro, se presta a no identificar correctamente en las bolsas el tipo de sangre para realizar transfusiones, uno para ahorrar gastos, otro para ahorrar tiempo, pero sin que haya acuerdo previo, produciéndose muertes por transfundir sangre incompatible, aunque en estos casos BUSTOS RAMÍREZ en-

¹³² Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 906.

¹³³ Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. cit., p. 126. Asimismo, LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., pp. 906 y 907.

¹³⁴ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Codelincuencia (voz), ob. cit., p. 228.

¹³⁵ Vid. MIR PUIG, S., ob. cit., p. 392. En el mismo sentido COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 682. También admite la coautoría imprudente, aunque no la participación, ROMEO CASABONA, C.M.: «El médico y el Derecho...», ob. cit., p. 247.

¹³⁶ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 450.

¹³⁷ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 907.

tiende que ambos son autores imprudentes por su propia falta de cuidado, no coautores¹³⁸.

En el ámbito de la división de trabajo vertical se puede suponer la existencia de coautoría imprudente, por ejemplo, en el caso de un médico adjunto que, conociendo con antelación la alergia del paciente al grupo de oligosacáridos (entre los que se encuentra la estreptomicina), pasa consulta por primera vez en equipo con un Interno Residente (MIR, existiendo entre ambos doctores una relación de jerarquía) y no le advierte de la alergia, dándole vagas e imprecisas órdenes sobre el medicamento que debía suministrarle para aliviar los dolores, sin que el otro galeno solicitase mayores aclaraciones al respecto. Así, el MIR prescribió que se le inyectase Farmapén, como medicamento adecuado para esa dolencia pero que contenía la sustancia a la que era alérgico el paciente, trasladando la orden al libro de enfermeras e inyectándole una de ellas el fármaco, lo que provocó inmediatamente una reacción alérgica y el posterior fallecimiento (STS de 15 de enero de 1986). El Tribunal Supremo estimó la existencia de imprudencia en el proceder de ambos médicos, del médico adjunto por no prohibir la administración de cualquier medicamento que contase con sustancias alérgicas para el paciente y dejarle en manos de un médico residente que era la primera vez que pasaba consulta con él, desconociendo esta circunstancia, y del MIR por no cuidarse de pedir las necesarias aclaraciones, dada su falta de experiencia. La enfermera que suministró el fármaco y que realizó objetivamente la acción que da lugar al fatal resultado, debe ser considerada mero instrumento, por lo que los médicos responsables penalmente serían coautores mediatos imprudentes que actuaron a través de un instrumento¹³⁹.

En esta división de trabajo en vertical se destacan, asimismo, las relaciones entre el anestésista y los auxiliares o A.T.S., disponiendo cada uno de su propio ámbito de competencia. Dentro de las actividades del anestésista hay algunas que sí puede delegar en las enfermeras, tales como poner inyecciones, dar la medicación necesaria en la preparación para la anestesia, etc., pero no otras que son de su competencia exclusiva, como la dosificación del anestésico, el control de los aparatos de oxígeno, electrocardiograma, etc.

¹³⁸ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., ob. cit., p. 450.

¹³⁹ Hay que poner de manifiesto que el Tribunal Supremo no calificó este supuesto como coautoría imprudente o coautoría mediata imprudente, sino que castigó a los responsables simplemente como autores de una falta de simple imprudencia del art. 586 bis del C.P.1973, hoy calificada como imprudencia leve con resultado de muerte del art. 621 C.P.1995.

Por eso, si éste delega funciones específicas a los auxiliares y se ocasiona un resultado lesivo, serán coautores imprudentes el anestesista, el auxiliar y todos aquellos a los que les estaba encomendado el deber de cuidado. Así, en relación con esta situación, destaca la STS de 7 de julio de 1993 que analiza el caso de un anestesista que, permitiéndolo el cirujano, se ausenta del quirófano y deja en manos de una ayudante técnico-sanitario el control anestésico sobre el enfermo, que el Tribunal Supremo considera indelegable pues constituye competencia exclusiva del primero, provocando la muerte del paciente, condenando a la doctora-anestesista, ayudante técnico-sanitario y cirujano como autores de un delito de imprudencia temeraria (según el Código Penal de 1973, que hoy sería homicidio imprudente del art. 142 C.P.)¹⁴⁰. O la STS de 18 de septiembre de 1992 en que anestesista y enfermera abandonan la Sala de Despertar, una vez terminada la operación y en el momento en el que procede la reanimación del paciente, necesitado de ininterrumpida vigilancia, produciéndose su fallecimiento, supuesto en que se condena a ambos como autores de una falta de imprudencia simple (actualmente sería falta de imprudencia leve con resultado de muerte del art. 621.2 C.P.).

En el aspecto de la división de trabajo horizontal, como es la relación entre cirujano y anestesista, habrá responsabilidad conjunta cuando los errores cometidos por el anesesiólogo pudieron ser advertidos por el cirujano dado su carácter manifiesto y grave, aun cuando no entren dentro de su propia competencia¹⁴¹. Por ejemplo, estaríamos ante una coautoría imprudente en el caso al que hemos aludido anteriormente del anestesista y cirujano que realizan la intervención quirúrgica en condiciones irregulares, ya que el primero no conecta el monitor del control electrocardiográfico y se ausenta del quirófano, atendiendo dos operaciones a la vez, lo que da lugar al fallecimiento del paciente como consecuencia de la infracción del deber de cuidado, y el cirujano que a su vez también actúa negligentemente al permitir ambas conductas peligrosas y no hacer nada (conducta omisiva), conociendo los riesgos que de ello se podían derivar. En este caso, el Tribunal Supremo condenó por STS de 4 de septiembre de 1991 al anestesista y al cirujano como auto-

¹⁴⁰ Un supuesto similar, pero en el que únicamente se condena al anestesista, se estudia en la STS de 1 de diciembre de 1989 en que éste se ausenta del quirófano hasta tres veces en diez minutos durante una operación, sin dar cuenta a nadie y con total olvido de sus deberes profesionales, teniendo que acudir en su busca la A.T.S. para que volviera a su puesto, muriendo el paciente como consecuencia de una descerebración.

¹⁴¹ Vid. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., ob. cit., p. 327.

res de un delito de imprudencia temeraria (con el C.P. vigente sería un delito de homicidio imprudente del art. 142.3), cada uno según su propia imprudencia.

2.f. *Inducción, cooperación necesaria y complicidad imprudente*

Aunque como hemos visto en la primera parte de este trabajo fuera posible admitir la participación imprudente, de lo que no parece que haya duda a efectos prácticos es de su impunidad, salvo que a su vez el «partícipe» haya cometido su propia imprudencia objeto de sanción penal. Es así en cualquier supuesto de una persona que, sin llegar a determinar el hecho y sin infringir los deberes de cuidado, incita o induce al autor directo a la comisión de una imprudencia, o coopera, necesariamente o no, con él, pero sin realizar por sí mismo ningún acto imprudente. Como afirma el profesor GARCÍA VALDÉS, el conductor que «picado» por un amigo para que vaya más deprisa, atropella a un peatón, es quien realiza la acción, quien conduce a más velocidad de la debida, lo que le impide controlar el vehículo; el acompañante no ha llevado a cabo ninguna de las actuaciones que han dado lugar al resultado típico, no queriendo que se produjese tal resultado, por lo que no podría responder de un favorecimiento imprudente a la acción a su vez también imprudente¹⁴².

Pero si la acción del autor se pudiese enmarcar no dentro de un delito imprudente de resultado (homicidio imprudente), sino de un concreto delito de peligro abstracto, como sería la conducción temeraria, al partícipe, que en un principio no respondería, se le podría hacer responder como inductor doloso a ese concreto delito por su incitación a realizar una acción extremadamente peligrosa, según LUZÓN PEÑA¹⁴³.

Lo mismo ocurre en el caso de cooperación necesaria o complicidad imprudente que, por norma general, será impune, salvo que la actuación en sí misma constituya una actuación imprudente, en cuyo caso será una autoría del correspondiente delito culposo. Como ya se ha puesto de relieve al hablar de la problemática que plantea la participación en los delitos imprudentes, MIR PUIG considera punible la inducción y la cooperación necesaria en el delito imprudente, no la complicidad, al entender que todas las formas de autoría

¹⁴² Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Principios de ...», ob. cit., p. 31.

¹⁴³ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., ob. cit., p. 902.

de art. 28 C.P. pueden darse en la imprudencia, cuando el concreto tipo de la Parte Especial se refiera al delito imprudente en una forma amplia como «causar la muerte» o que se «cometa» el hecho por imprudencia, ya que en los delitos dolosos también los partícipes «cometen» el delito, no sólo los autores en sentido estricto¹⁴⁴.

VI. CONCLUSIONES

Entre las diversas teorías que se han formulado a lo largo de la historia para distinguir autor y partícipe, la que, en España, se acepta mayoritariamente en la actualidad tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia es la que defiende un concepto restrictivo de autor en los delitos dolosos e imprudentes, frente al unitario que es el más defendido en Alemania para los delitos imprudentes y por algunos penalistas en España. Así, se distinguen autores propiamente dichos (autor, coautor y autor mediato) y partícipes (inductor y cooperador necesario, con pena asimilada a la del autor, y cómplice (con la inferior en grado) entre todos los sujetos descritos en los arts. 28 y 29 del Código Penal.

En los delitos imprudentes hay un principio general que se refiere a la no punición de la participación en los delitos imprudentes, aunque existen opiniones encontradas respecto a la aceptación de participación en tales delitos, cuestión meramente terminológica que da lugar a considerar irresponsable penalmente (porque no se admite la participación imprudente), o partícipe imprudente impune, a un sujeto que ha contribuido o favorecido la actuación delictiva de otro. El resultado práctico es el mismo: el inductor, cooperador necesario o cómplice imprudente no va a ser castigado por la imprudencia del autor directo, únicamente podrá ser sancionado en base a la propia imprudencia que él cometa, pero como autor de la misma.

Efectivamente, hay ocasiones en que un sujeto no se limita a favorecer la actuación imprudente de otro, sino que por sí mismo realiza un infracción del deber objetivo de cuidado, ostentando, además, un dominio de su propia acción imprudente. Estos casos no pueden ser considerados impunes y su sanción se fundamenta en la responsabilidad por el delito autónomo culposo que ha cometido.

¹⁴⁴ Vid. MIR PUIG, S., ob. cit., pp. 370 y ss. En el mismo sentido, admitiendo la punibilidad de la participación imprudente, FELJOO SÁNCHEZ, B., ob. cit., pp. 327 y ss.

Esto es lo que ocurre generalmente en el ámbito de los profesionales médicos-sanitarios donde, para hablar de imprudencia, hay que tener como referente la actuación correcta o diligente que será la que realice un profesional medio del grupo profesional al que pertenece el sujeto, y la situación efectiva o real en que interviene, puesto que puede haber ocasiones en que la actuación que se lleve a cabo no sea la exigida como más diligente para ese supuesto, pero resulte la mejor ante una situación de urgencia.

Aunque se dé un único resultado lesivo, las acciones imprudentes que pueden haberlo causado pueden ser varias, por ejemplo, el paciente puede morir por haberle suministrado un analgésico al que era alérgico (una sola acción), pero de la misma pueden responder varios sujetos como autores imprudentes: el médico encargado de ese paciente por infringir su deber de cuidado al no advertir al médico interno residente la alergia que padecía el paciente y el MIR por no solicitar al primero las aclaraciones pertinentes sobre la medicación a recetar. Esta es, en definitiva, la doctrina que se viene recogiendo en las sentencias del Tribunal Supremo y a la que debemos atenernos.

BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, José: «Derecho Penal. Tomo I. Parte General». Madrid, 1949.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis, Y OTROS: «Lecciones de Derecho Penal. Parte General». Praxis. 1.ª edición. Barcelona, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Manual de Derecho Penal. Parte General». 4.ª edición corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. PPU. Barcelona, 1994.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S.: «Derecho Penal. Parte General». Cuarta edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: en VV.AA. «Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia», Tomo I. Trivium. Madrid, 1997.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «La Autoría en Derecho Penal». PPU. Barcelona, 1991.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: Autoría (voz) y Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria (voz), en Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Madrid, 1995.

FELJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo: «La imprudencia en el Código Penal de 1995 (Cuestiones de <<lege data>> y de <<lege ferenda>>». Cuadernos de Política Criminal, nº 61/1997. Edersa. Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel: «Sistema de responsabilidad médica». Comares. Granada, 1997.

GARCÍA VALDÉS, Carlos: «Principios de Teoría del delito», Anuario de la Facultad de Derecho, Alcalá de Henares (1994-1995), separata, 1996.

GARCÍA VALDÉS, Carlos: «Notas» al Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal de Antonio Quintano Ripollés, tomo II, 2.ª edición, puesta al día por Carlos García Valdés. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1977.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Autor y cómplice en Derecho Penal», Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Prólogo a la segunda edición del Código Penal. Tecnos. Madrid, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Ensayos penales». Tecnos. Madrid, 1999.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar: «Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil». Bosch, Barcelona, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich: «Tratado de Derecho Penal. Parte General». Traducción de la cuarta edición alemana por José Luis Manzanares Samaniego. Comares. Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: «La Ley y el delito: principios de Derecho Penal». Editorial sudamericana. Buenos Aires, 1976.

JORGE BARREIRO, Agustín: «La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica». Tecnos, 1990.

LANDECHO VELASCO, Carlos M.ª/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: «Derecho Penal Español. Parte General». 5.ª edición. Tecnos. Madrid, 1996.

LÓPEZ PEREGRÍN, M.ª Carmen: «La complicidad en el delito». Tirant Monografías, Tirant lo Blach. Valencia, 1997.

- LUZÓN CUESTA, José M.:** «Compendio de Derecho Penal. Parte General». Dykinson. Novena edición. Madrid. 1997.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel:** «La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, fascículo III.
- MIR PUIG, Santiago:** «Derecho Penal. Parte General». 5.ª edición. PPU. Barcelona, 1998.
- MONTERDE FERRER, Francisco:** «Delitos relacionados con la actividad médico-sanitaria», en «Causalidad e imputación objetiva», director Luis María Díaz Valcárcel. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, Septiembre 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes:** «Derecho Penal, Parte General». Tercera edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio:** Codelincuencia (voz), en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix. Barcelona, 1993.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.:** «Derecho Penal Español. Parte General». Décima edición revisada y puesta al día, con autorización del autor por Serrano Gómez, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo:** en VVAA. «Comentarios al Código Penal». Dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo. Civitas, Madrid, 1997.
- ROMEO CASABONA, Carlos María:** «El médico ante el Derecho». Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica. Madrid, 1987.
- ROXIN, Claus:** «Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito». Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, 1997.
- VIVES ANTÓN, Tomás S.:** en VVAA. «Comentarios al Código Penal de 1995», volumen II. Tomás Vives Antón (Coordinador). Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

